כי * חיים * הם * למוצאיהם * ולכל

בשרו * מרפא * כי * ארך * ימים * ושנות * חיים * ושלום

ספר בעי חיי

משנ"ת חלק ח"המ ח"א נקרא עץ הדר

חברו וגם יסדו גדול אדונינו הגאון הגדול המפורסם
השם נפשינו בחיים כמוהר"ר חיים בנבנשת זלה"ה אשר אור תורתו
האיר וזרח לפנים ביש' בס' כנה"ג על א' ד' טורים רבותו
ניכר בספרן של מדיקים מאיר עיני חכמים וגם לרבות ס' דינא דחיי
על הסמ"ג וקצת ש"ות א"ח וש"ות חלק י"ד וקצת תשובות אה"ע וש"ות
ח"מ ח"ב שכבר באו על מזבח הדפוס והן עתה זכינו לאורה להוציא לאור תעלומה
ספרא דנא דאשתכחת בבית גנזיו של החכם המרומם ויהי
בש"לם כמוה"ר משה זונאנה הי"ו
ואפריין כמטייה לשני שרי לבאות ישראל ראשון לכל דבר שבקדושה הגביר
החכם המרומם שר וגדול ליהודים אהוב לשמים ולבריות כמוה"ר
דניאל בכ"ר יוסף בורלה תנצב"ה הפריש מממונו נדבה מחצית ההוצאה
לצורך ההדפסה לזכות את הרבים זכות הרבים
תלוי בו וזכות מרן הגאון המחבר יבולה היא שתגן לזרעו אחריו אלה בני יצ"הר הגבירים
הרמים שרים ונכבדים כמה"ר
יוסף בורלה וכמה"ר משה בורלה ה"יו

ושני בקדש אחד המיוחד שבהדר'ו גברא דחשיב ממעל לחשב ה"ה הוד והדר עטרת
צבי ולפירת תפארה הגביר החכם המרומם נשיא נשיאי ישראל כמה"ר
סימן טוב שאקי הי"ו גמר ויהיב שר מחצית מעשה ידי'ם נקדשים לרגל
המלאכה חרות על הלוחות ועל ספר חק'ה נפשו אותה
לזכות את הרבים הרי זה טעון ברכה לעילא מכל ברכתא אורך ימים בימינו בשמאלו
עושר וכבוד כיר"ה גם את הבן יקי'ר י'ירי'נו חמד בחורים החכם
המרומם כה"ר רפאל אברהם שאקי הי"ו זכות מרן הרב הגאון יגן
עליו ויחי עוד לנצח שם ושמח תורה וגדולה במקום
אחד כיר"ה

נדפס פה שאלוניקי יע"א

אשר תחת ממשלת אדונינו המלך שולטן סלים יר"ה

בשנת כל הכתוב לחיים

בדפוס השותפים ה"ה היקר ונעלה חלקת מחוקק כה"ר מרדכי נחמן הי"ו

ושכנהו החכם המ' כה"ר דוד ישראליג'ה הי"ו

דברי המלך השם נפשינו בחיים הרב הגאון המחבר זלה"ה

זה חלק אדם כי ימית עצמו באוהל התורה להשיב אמרים אמרות טהורות אמרת ה' צרופה לדורשי רשומות השואלים ממנו להגיד להם את דבר המשפט כי יהיה להם דבר בין איש ובין רעהו בדבר שבממון או במילי דאיסורא ומילי דברכות שאול ישאלו מה תהא דינו והיכי לידיינו דייני להאי דינא וקראתי שם הס' הזה הכולל כל ארבעה חלקים **בעי חיי** מששאלות ששאלתי אני הצעיר **חיים** ומשם יפרד והיה לארבעה ראשים וקראתי להם שמות לכל חלק וחלק בפרטו הראש האחד חלק **א"ח** קראתיו **עץ החיים** והראש השני חלק **י"ד** קראתיו **עץ הדעת** והראש השלישי חלק **א"ה** קראתיו **עץ הגן** והראש הרביעי חלק **ח"מ** קראתיו **עץ הדר** אשר שקוע בתורה הדר הוא לכל חסידיו היכים לפני חכמים דין אמת לאמתו וכבר כתייחו השאלות והתשובות לא"ח וי"ד וא"ה כל א' וא' במקומו חלק בקובץ אחד לבא וגם אתנו טעם לקריאת שם לשמות הנע"ה לכל חלק וחלק וידבר על העצים וכיון שזכינו לדין ולבי הלך להיות מיושבי בית המדרש וירדוף עד ד"ן בדינא רבה ודינא זוטא אקרא לאלהים עליון לאל גומר עלי ויהי שירי .

לאל נותן חיכה . ולשכוי בינה . שפתי תבענה . בכתר בן שפט .
פקח נא את עיני . והכן הגיוני . בנא לפנים לפני . בחושן המשפט

הקדמת החכם השלם הדיין המצויין עצום ורב כמהר"ר חיים ברוך סאפורטה נר"ו

מאן רים סידרא . כל בי עשרה . לבתים לבל'ים הכל לאתויי . בכוליה **בעי** ויהיו **חיי**

מאן יתיב בבתי גואי . שלא של שלא לך תנאי . ליבנא יתירא לטפויי . אי **בעי** לא נסי'ב מי קא **חיי**

מאן דאית ליה ביני ביני . אכיא'ן הלי'ה שלשה קל'י . לאיי אפנויי . אי **בעי** לא טביד לא כשו **חיי**

מאן מוכח רישא וסיפא אגב אסיפא דביתיה . דאי בעי קלט'יה . מלי לשנוי'י . **מאן בעי חיי**

מאן חשיב חושבנ'א דדין יאמר להם בני אל . הלבני ישראל . סגולת מלכים : חביבין ישראל לפני המקום מתוך חיבתן . להורות נתן . תורה דיליה זאת התורה לעולה זבח ונסכים : להם לבדם ניתנה אר'ש חמדה . אשר ל'ו יעדה . התורה והמלוכה שישראל זוכים : ממהדו'רי מילי * הדבר יצא מפי המלך מלכו של עולם . דור דור וחכמיו עמד ושלם . שרים ונסיכים : בי דינא בתר בי דינא . דור דור ומתיביו עיר ועיר מדינה ומדינה . יושבי כרכים : להאיר על הארץ באלה המשפטים . בכל השוטים . למאן דגלי בבית השל אשר הלדהשכים : כהירין ליה שבילי * ברו חכימיא למשרי תיגרא . דינא דבר מלכ'א . ויהי בשנ'ס למרבה המשר'ה יופאין בעיר ונמשכים זע"כ היאורים . רכים ועולים לשמוע בלמודים . כקטן כגדול דרשינן סמו'כים : וכל חכם לב דאתי ומורה . ויהי רובה קמ'ת בהדי קבל'י סברא וסיפרי ירדו כרוכים : מכתבן מיליה * דמבינא ליה **בעי** כיל'י **חיי**

מאן יהיב לן מכותב'ות כל כתבי הקדש . והיה מידי חל'ש . דקדוקי תורה אבי חריי'הו : אמור רבנן בטעמא דברי סופרים . בסבי'ר אשר הם מוב'רים . בין דין לדין מאי בינייהו : והגיהו יתרם כרי מטלליהם . הלכה לורות שיהין שפתותיהם . דובבות דמקרבא להו הנאתייהו : שבע רצון ומלא * והנאה לעולם לפקוח עינים עורות . ל'ו יהיה אור יקרו'ת . אייקר להו תלמודייהו : והיה העקוב למישור כמים הנגרים . כהר'א כהר'א ופשטיה יאורי'ס יאורי'ס . לאשתעויי דינא בהדייהו : שאלמלא מורא'ה . כתבא ליבונאה . תורה שלמה דילהון היא עבידי רבנן דמשכ'ו בדבורייהו : הא בחרפי הא באפילי * עת הזמיר הגיע כי הרחיב ה' לנו . ויתן אותנו . לקרא בשם ה' כתבא דגן יקרון הלכתא כותייהו : דינא יתיב וספרין פתיחו והיו למאורות . באור'ת באור'ת . לאוקומי אדיניייהו : ונא לכי'ון ממופא דבר מלא כריסיה זיניה . באתרא דמאריה ביתא תלי זייניה . אייתי ליה מקורייהו : מקום מגולה * דאי **בעי** למיהדר תלמודא מבלפוליה הדר כולהו שכי **חיי**

מאן דקרי ותני וא'ובר חב'ר . לפניו ילך דב'ר . עבידי רבנן דמקדמ'י : דרשו של איש לקד'ש מילי דמזדבני בדיכרי . כל יחד לכוס הורפיה פתח באשרי . עביד ליה פתיחתא דחכימי : להודיע לבני האדם מאן ניניהו מר חוב'ר חבר'ים . משפטים ישרים . ומאי אולמיה : רב גוזריה ורב חיליה * אכן בדידן מי יערוך את כל הכבוד . ספר התורה הזה ענף עץ עבות . אם יהיו כל חכמי : נמלא אמרו קולו . ויצא בגרשון להביא את אקלו . קייתי דמ'א ולא אידמי : בבר מלתא אמורה כאשר יפרא

הקדמה

יפרש השו"ה · לכוליה שבחיה · אהדמו ליה אדמיה ; יפה שתיקה עפי מעלי * מי כהחכם ומי יודע
כבוד תהלתו · במעלליו יתנכר כל מעשה תקפו וגבורתו · דהוה שכיח קמיה ; עינינו הרואות
שלא הניח כמותו · חכם בחכמתו · אימור בדדמי ; נודע בשערים · מפי סופרים ומפי ספרים ·
יהב חכמתא לחכימי ; ברבבות נחלי * מימיו מן המקדש שופע ויורד מטורי שמג"ס דאי
בע"י עביד סמא דח"יי

מאן דתני עדיהן עליו בחותמיו · מולא מים אשר לא יכזבו מימיו · הני ספרי דבי רב מאירים
ומזהירים ; כל כנסיה שהיא לשם שמים · והא איכא שירים · במשפט האורים ; מלינו
גדולתו · שחלק מחכמתו · זך בלי שמרים ; כלא אלהים מנא * שמכהיר
עיני חכמים · גדולים ועצומים · להשיב אמרים ; גלה וקבץ דברי חכמים וחידותם · מפוזר ומפורד
בחבריהם ובטירותם · דרך האתרים ; נותן בהם שימלים · באותו פרק בד"ותו מקום לתונים נתונים ·
לכריס הנאתרים ; באתרא דלא ידעין ליה * כל יודעי דת ודין לא בדיליה מיניה · לאפוקי
שמעתתא היכי לידייכו דייני · ויורו המורי"ס ; כל יומא ויומא שמעתתיה בפומן · פרט למזומן ·
לאמר לאסורי"ס ; ועוד ידו נטויה למשקל ולמטרי · מביא וקורא הני מיתרא' ויהיו מאשרי ·
דברים המחוורים ; טבי ותקולי * לא ראיה בע"י והיינו דין אמת דיכא דח"יי

מאן גברא רבא · בתקום שבעלי תשובה · כמוהו מורה ; ישיב לרבות · מאליפות מרובבות · חבילות
חבילות לתת לכל שואל מארבע כנפות הארץ כי הוו מהדרי : כור ש"ו וכוגה גו דרך לטיוני בדיניה ·
בכל פנות שאתה פונה · אפי רברבי ואפי זוטרי : משפט פשיט ליה * אפס קצהו נראה
בעליל על שער בת רבים · בספר כתבים · זה חלק א"ח הלא תמכר הוא היה מאיירי : ועץ
הדעת את מי יורה דע"ה · ואת מי יבין שמועה · דקא אמר וקא שרי ;
מקלה במחברת · לע"ר עלי קר"ת · אבל האב"ן העז"ר נכר מבראין יפרה : בתוך ע"ץ הג"ן דקרו ליה *
השמש יצא על הארץ הדר האמור בתורה · הוא הולה הוא הדרה · הדר"א ארעא והדר"א פירי ;
ח"ב בחושן המשפט אשר שפט את ישראל · בכח ואל · למארי תיגרי ; לטיבו'עין ניתנו נכתבים
ונחתמים · במטבע שטבעו חכמים · ויקרא להן שמות הד"ר הד"ר כ"ל קורא ; הדרי"ה לכלליה *
לכלם בשם יקרא שם כולל בע"י ח"יי

מאן דלא ידע לכוין אמר"א ותפ"ר דכו"רה · אם אזור יאמר ליתן את השבח דבר שהיה בכלל והיא
הודיתא ; ומילתא מיני לך אמרין נוירא · שקול טיבותך ושדיא אזירא · שתקותך יפה יחסותא דבבל
שתקותא ; כר"וך בכלל ההוא כלי"לא · גולם תבנית כתור אדם המעלה · ואדם אין לא מינה ולא מקצתה ·
כוליה אגליה * ידע איעם בנפשיה כרו"ך בפרט מכף רגל ועד ראש · כל עלמותי תאמרנה אל
תחרו"ש · חיישינן לזילותא ; הלא מראש אין הדעת סובלתו · שבקש להולמו ולא הולמתו · רחמנא
ליצלן מהאי דעתא שניאתא ; מעי"ן ולעי"ן מזה ומזה · גברא דלא אזי · ותיהי להם הלכ"לה שחו"ר שחו"ר
הכ"ה לשחרוריתא · מכי מסחרי כותלי * הלא למשמע אזן חר"ש את חרש"י · ועבר נקבה · לא
שמיע ליה קול המון רבתא ; א"ף זו מן התוכחות לא טעם בו ולא ריח · עד בלי יר"ח · חמרא וריחני מילי
מעלייתא : הפה שאס"ר רוב המלבר · לשון מדברת יושבת על המשב"ר · קרי לכלא חביתא וברא במקום
פרתא ; אשתקיל מילוליה * כל מן דין כי היכי דלא ליתו לזלזולי בע"י לכפורי ידיה משום יקרא דח"יי

מאן דזכי זכיה דאורייתא בגר"ס המעלות · לכו חזו מפעלות · אלהי"ס סיבה ראשונה לאדפוס"י הדר"א ·
אנכי בדרך נחני ה' אל ארץ טוב היא הטולה לתפארת ולתהלה עו"פי אומיר יע"א שם נמצא ושם
היה קצת ש"ות חלק י"ד וא"ה מס' בעי חיי באמתחת דמלכא · מבא אריכא · מר ניהו רבא דעמיה ·
ונהורא עמיה · הרב המופלא וכבוד ה' מלא כמוהר"ר חיים מודע"י נר"ו יאיר באור פני מלך
חיים אכי"ר גמלני מאו טובות · אל"ס ברבבות · ויתן לי גם את זה כתר תורה ; וה'
הצליח דרכי עד תאות גבעות · לעיר המהוללה רבתי בדעות · קושטא קאי בהלכות קבועות · ליהודים
היתה אורה ; נהרי נחלי * והגעתי את אשר אחז"ן בבית אספנייא נאה רב אח"אי גאון הרב
המובהק ונגה לו ברק כמהר"ר חזקיה רפאל חיים אלפאנדארי נר"ו יאיר כאור
החמה זכה וברה ; ראה ויתר פיסת יד דאשתכח
באמתחתא חתלה גנוזה. דאיתיה בי נזא · טמון למכוין כדנטרי אינשי זו היא נטירה * הפליא חסדו
לי לתת את שאלתי ספר שו"ת בעי חיי חלק י"ד וחלק ח"מ ח"ב להנאתי ולטובתי להביא לבית הדפוס
להאי ספרא ; משום טובת הכלה דאתי מחמתיה בכסף מלא * גם את הראשון וח"מ מספר בעי חיי
בראשונה היה גטמן · בבית מדרשו של שם נטע נעמן · החכם השלם
הדיין המצויין עלום ורב כמוה"ר עמנואל זונאנה ז"ל והנה בעת"ה אשתכחת בי ברא
כרעא דאבוה החכם המרומם והנה ש"ולם כמוה"ר משה זונאנה נר"ו
יאיר כאספקלריא המאירה ; ושבותי אני את המעשה בהדפ"סת תמימים ·
ויהיו תואמים · בעבור זאת אנכי עשיתי קדמ"ה לי אר"ש לגמרה של תורה ; לברך על שמוגמ"ר איש איש
על עבודתו · כי ירבה כבוד פתו · בברכה המשולשת ערוכה בכל ושמורה ; הנה ברך לקחתי מסדר
לנותא ומאלי * בע"י מיגיה דמאריה עלמא לאנשים האל ליכום ח"יי

מאן

הקדמה

מאן דרחים רבנן רח"ס רחמ"ליס · אחד מן הרמתיים · מהולל בתשבחות כרוב' גדלו : האלהים הגדול עושה חסד לאלפים · ועניים מרודים דחופים ומחופים · בעין יפה הוא מותן איש לפי אכלו : הסדא איהו דמטוביה אוטיב כבר כאורח · איהו גופיה קא טרח · רגליו לא אמורות ע"כ כ"ה שלא תבא על העיר ועל העזרות ילא אדם לפעלו : בעירנא דעסיק ב'אגוני מגנא ואכולי * ואמראין מילוהי אשר גם ביתו בית ועד לחכמים · ואת עלומים · יחלק שלל מתנה מרובה מלא הכיון מי מדד בשעלו : וכרוב חסדיו גמר ויהיב לכן זה תולא להוציא לאור תעלומה : ס' בעי חיי ח"א מה"מ ותהי המחלה מתוך שלו לשמה · מוליא שקלו : ה"ה הוד והדר הן גביר דגמיר וסביר בר ונדול ליהודים ומרומם על כל מעלה רמה כמה"ר **דניאל** בכ"ר **יוסף בורלה** ז"ל בחיים חיתו הכרים ממומנו נדבה מחלית השקל שעלה אתו בגורלו : רמה עליה * ואני תפילתי ילך מגו'א אל המנוחה ואל הנחלה · ע"נ מעלה · בעדן גן אלהים למושב לו : תבענה שפתי תהלה אלה בני היכה"ר אחי ומרחמי ה"ה · הגבירים הרמים על מרומי · והמה חכמים מחוכמים שרים רבי'ם וכבדים **יוסף** עיניכו **ומשה** שלה ה' עליהם יחיו איש על דגלו · זכות הרב המחבר הגבר הגדול בעל הכנפים מרן החפי"ב זלה"ה יכולה היא שתגן עליהם למען ילליהו המשחה יליהנו וטול בה עשירי'ה מלאים כל טוב איש לאשר באהלו · והבית ימלא * זרע רב מעליא **בע"י** ולכל בהן **חיי**

מאן דמוקיר רבנן עיש'ור סכשי · זה ככנם וזה יוצא · לאמו'ר איש'ר האיטלקי : ומלודתו פרושה בין בארץ בין בחוצה לארץ לתת לכל שואל די מחסורו · פרש עליו אורו · משל'ח גלימי וכסף נקי : הכל רצים לפניו זה יכתוב ידו להבת הכי'תו · וזה בא בקור'תו בעת הניכתו · על המחיה ועל הכלכלה איש ואיש ש'אלים הלכו בו הטריפני לחם חוקי : ובידו מלא * ידו פרש ש'ר מוכתר בנימוסו · ובא עד כים'ו · נותן וחוזר ונותן עד שתכלה פרוטה מן הכיס וכי'סו נקי · הוא עריבו הענני עיני כל ישראל אחד המיוחד שבהד'רו · וכל העם ילכו לאורו · כליל תפארת ובשיא בשיאי לי הנפש גם לי לבב מנת חלקי : כפיתי :תלי כי גמל עלי כרב חסדיו מה שאין הפה יכולה הוא הודה הוא וזה הגביר החכם המרומם שר וגדול ליהודים · חיכו ממתקים וכולו מחמדים · כמהר"ר **שימן טוב שיאקי** : השומר אמת יאמרהו ויחייהו · ואשר בארץ יתנהו · אף הוא היה אתכוין לגמור את ה' גמר ויהיב שר המכית מעשה דמי'ס בקדשים לרגל המלאכה להוציא אור חרות על הלוחות הרי זה טעון ברכה מאריה דאברהם יהיה בעזרו מסייע ליה * לילה כיום לא פסיק סידרא · כהשכה כאורה · תפילתי על חקי · כמו פי אתחנן עינא דחזי ליה בבישותא ליפקע עיניה · והוא ל'ו שוב'ה · השום אפקעתא אין נקי · ברוך הבא כלפי הקדש אל השמים מעל תיכון תפילתי אל הנער הזה חמד בחורים · דודי למישרים · יק'יר ליה החכם המרומם שמה"ר **רפאל אברהם שיאקי** יקיר'נו בר חכים הוא גר"ו יעמד חי עוד כל ימיהארץ לדיק ונקיי לא ימיםמתוך האהל אהלות דרבנן יתיב באהלי * גם ברכות יעטה טעון ברכה ל'ו טעל'ה **בע"י** כל ימי **חיי**

מאן דמטער קדמו לרי'ס ע'ד כר'ה · כל המכר לישראל הללו בעלי מחרה · חמת תנינים : ויאכלו את ישראל בכל פה · יחזק הוא הרפא · מבקשים ממנו ממון החמם קם חמ'סת המינים : המה יביטו איש יאודי שכנגדו חלו'ק עליו פומטו אפי' בשוק זה דרכם כסל למו · לא יבצר מהם כל אשר יזמו · גוי עז פנים : ערלי לב וערלי * ואכחנו תתה'ים על מתי לגזרה הרעה הזאת אנשים רקים · מכים ועונשים שלא מן הדין ויהי הם מריק'ים · גלה כבוד מישראל הבוז לגאיונים · אהא ה' אלהים שפוך עליהם ועמיך ביד חזקה שתים · ידין בגוים מלא ובמים · המים הזדונים : שקולי טאטא וטאטא עד אבוד הגמארים · לא תשאר פרסה נשמות לפגרים · הגדולים עם הקטנים : טובים היו חללי * ואנו ליה עינינו ימהר ישישה מעשהו משיח לישראל · ובא לציון גואל כיר אמונים : כימי ישראל יכנס לקוטי בתר לקוטי · ולקיטתו כאחד כללי פרטי · אבות על בנים : וכקומה ונעלה בית אל הבית בהבנותו · מכון שבתו · שם יזבחו ובחי לדק כהנים בעבודתם ולויים בדוכנם וישראל במעמדם דשכים ורעננים : · דבי הילולי * **בע"י** בכ'י דידיע **חיי**

חיים מדבר **ברוך** מש'ני · קרי למא'ני · מא'נין תבירין דיליה **בע"י** למיתבא אלה ל**חיי** :

ס'ופא די מילתא מהדר אפתחא · אל שני קלותיו וחבר מאריך טרחא · רבותא למבעי בעי'י :

אף הא רחה פל ה'לוש שב'א מגבב אמריס מסוס חולשה · וזו היא קקשה · דב'עי לאתנויי :

פורי'ט יוס'ף פרט וכלל קיי'ס אמרה · ככליה לתנאי'ה דבי' קרא · כולהו תנויי :

ה'א ולאי בורכא · לאנלרכה לא משום ברכה · נותן לפניכם היום פרכה · אשר המה חיים **בע"י** איכים דמוריכו **חיי**

נאם הגבר דלא חזא ביה לטיבותא · עבד גרגע לכל יודעי בינה ודעתא · יגוקא דלא מטא : הצעיר חיים ברוך ספורטה ס"ט

חו"מ ח"א

סימן א

להגבירי הר' יצחק ויעקב סירינו ה"י ניסן התכ"ב •

שאלה ראובן ושמעון שהיה ביניהם דין ודברים ונכנסו ביניהם פשרנים ופשרו שיתן ראובן לשמעון סך מה ושיעשו זה לזה שטר מחילה וכן עשו ואחר כך ערער ראובן על המחילה שלא היתה עולה כדין ורוצה להתדיין כפי דין התורה אם מקרי שמעון מוחזק על הסך שנתן לו ראובן יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה מה נמרצו אמרי יושר דברי פי חכם חן החכם השלם הפוסק טוביה"ו דחכימי כר"ו העמיק הרחיב עד מקום שידו מגעת בדין שאלה זו וכיון את ההלכה לתלמיה ואני בעניי כבר הארכתי בכל ענייני התפיסה ואספתי דבריהם בדרך קצרה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ל' בהגהת ב"י אות ג' עד אות כ"ז ומה בלע לבלוע הדברים אשר על כן יהיו דברים מעטים ואמינא שמה שפסק החכם השלם כר"ו והעלה שראובן ואחיו הם המוחזקי' בכל ספיקא דדינא אף אם המעות יהיו ביד שמעון כמוקו עמו שלא אמרו הרמב"ן והרא"ש ז"ל והרב הנמקי ז"ל וההולכים בשיטתם דתפיסה ברשות מהניא אפי' התפיסו מריה קמא בטעות אלא דוקא בספק ברור וכור בשלשים ושלה בסלע והמוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך שהספק והטעו'נולד ממילא ולא בא לו לא מכח הנותן ולא מכח המקבל אבל כשלא בא הספק והטעות ממילא אלא מחמת המקבל כגדון שלפנינו הא ודאי כשיטא דאין תפיסה זו בכלל'בכלל תפיסה ברשות שהרי ראובן לא התפיסו לשמעון אלא על מנת שיקיים תנאו וכל שלא קיים תנאו כל היכא דאיתנהו ברשותיה דמריה קמא איתנהו ואין שמעון נקרא מוחזק שהמעות הללו הם בידו בתורת שאלה או פקדון דלכ"ע הויא תפיסה שלא ברשות כמו שכתב הרב בעל תרומת הדשן בסימן שכ"א ואף מהריב"ל ז"ל שפקפק על זה לא פקפק אלא להלכה אבל למעשה לא החליט המאמר הפך הבעת"ה וכן העלה מהרש"ך ז"ל בביאורו לח"מ סימן ת"ב ובתשובותיו סימן ל"ו בקונטרים תתפיסה ועשה לו סמוכות לדין זה מכמה פוסקים והכריח שדעת הרד"ך ז"ל בבית א'חדר ט' דיש לחלק בין כשהתפיסוהו הבעלים אדעתא שיהיה שלו מכל וכל להתפיסוהו בתורת שאלה ופקדון

ואם כי חילוק זה נאה ומתקבל מצד עצמו מצאתי לו סמוכות מדברי הרד"ך ז"ל בבית י"ט נשאל על שמעון שנעשה ערב לגוי בעבור ראובן ממעות שנתן לו ברבית ולבסוף שבא הנכרי המעות שנתן לו ולא קבל דבר לא קרן ולא רבית מי יזכה באותם המעות והשיב הרב ז"ל דאפילו לר"י ז"ל שסובר דבטעות חשבון הכל לשליח היינו דוק' היכא שהמשלח הוא מוחזק אבל הכא ראובן מוחזק ואפי' לר"ת ז"ל קודם חזרה שהשיב דחולקים היינו מטעם מוחזק אבל הכא בראובן מוחזק ידו על העליונה ע"כ ואחר כך כתב ותמצית אני אומר דאפי'נתן ראובן לשמעון המעות שהלוה לו הגוי להחזירם לגוי ובתוך כך שכחם הגוי ונודע ששכחם שלשמעון חייב להחזיר המעות לראובן לפי מ"ש מהר"ם ז"ל בתשובה כו'

ולמעיין שיחשוב שמכאן נראה הפך ראיה דבריכו יעיין היטב וימצא שאינו כן ודברים פשוטים הם ע"כ ביאור דבריו שנראה סתירה בדבריו שברישא דבריו זיכה לראובן מטעם היותו מוחזק הא אם היה שמעון מוחזק לא היה זוכ' ראובן ואלו בסוף דבריו כ' ז"ל שאפי' שמעון מוחזק חייב להחזיר לראובן והחילוק בזה מבואר דבשלמא כשהוא מוחזק אפי' בא לידו מיד המשלח אדעתא שיהיו שלו ונולד הספק או אמרינן תפישתו תפישה כיון שתפס ברשות אף אם יהיה בטעו' ולכן חילק הר' בין מוחז' לשאינו מוחזק אבל לכשנ' שנתנם המשלח אדעתא שיתנם לגוי ושכחם הגוי כל זמן שלא נתנם לגוי ברשותיה דמשלח קיימי ויחזיר לראובן הא קמן דמחלק הרב ז"ל בתפישה ברשות עצמה בין כשהתפישו אדעתא שיהיו שלו לכשהתפישו אדעתא שיתנם לגוי •

נשמא תאמר אין מכאן ראיה לעולם הרב ז"ל אינו מחלק בין תפיסה לתפיסה כל שתפס ברשות אפילו התפיסוהו הבעלים בתורת שאלה ופקדון לא מפקינן מיניה ונדון דמהר"ם שאני שלא התפיסם אדעתא שיהיו שלו לכחות בזמן השאלה והפקדון אלא שנתנם ע"מ שיתנם לגוי וכל זמן שלא נתנם הם שלו וכל שלא התפיסו שיהיה שלו אפי' שעה אחת או בתורת שאלה או פקדון אלא שעשאו שליח להוליכם לגוי כל שלא נתנם לגוי ברשותיה דמריה קמא קיימי וחייב להחזירם לראובן תדע שהרי מהריב"ל ז"ל מן המפקפקים על ת"ה בחילוק זה ואלו בח"א סימן כ"א פסק כדברי ר"י ז"ל דבטעות חשבון הכל לשליח וכל הפוסקים ז"ל כתבו דמהר"ם ז"ל אינו חולק על ר"י ז"ל דשאני נדון ר"י דהגוי טועה ונותן לישראל יותר או זכה השליח במותר אבל בשראובן נותן מעות לשמעון להוליכם לגוי ושכחם הגוי כנדון מהר"ם ז"ל לא זכה השליח בכלום ומשמע מהריב"ל ז"ל אינו חולק על מה שהסכימו הפוסקים ומהר"ם גופיה ז"ל ואי הוה חולק איבעי ליה לאודועי וכיון שאינו חולק על זה לדעתו דאפי' בתורת שאלה ופקדון לא מפקינן מיניה אתאי פגדון מהר"ם ז"ל מפקינן מיד השליח אלא ודאי שיש לחלק בין כשהתפיסו בתורת שאלה ופקדון לכשהתפיסו להוליכם לגוי וכדכתבינן

הא לאו מילתא היא דבשלמא אי הוה מלינן למימר דהרד"ך ז"ל סובר דאם התפיסו בתורת שאלה ופקדון מקרי תפיסה היה מקום לחלק חילוק זה בדברי הרד"ך ז"ל אבל מאחר שכבר הכריח מהרש"ך ז"ל במקומות הנז' שדעת הרד"ך ז"ל כדעת בע"תה דאם התפיסו בתורת שאלה ופקדון לא מיקרי תפיסה א"כ על כרחנו הרד"ך ז"ל אינו מחלק החילוק שכתבתי אלא ס"ל דאפי' התפיסו אדעתא שיהיו שלו בזמן השאלה והפקדון לא מקרי תפיסה ואין החילוק אלא כשהתפיסו אדעתא שיהיו שלו מכל וכל לכשהתפיסו אדעתא דשאלה ופקדון וה"ה אדעתא ליתנם לגוי

איברא דמדברי מהריב"ל ז"ל מוכח דיש לחלק כן אם לא שנאמר כמ"ש למעלה דאף מהריב"ל ז"ל לא פקפק על ת"ה אלא להלכה לא למעשה דלמעשה מודה לת"ה דאם בא לידו בתורת שאלה ופקדון לא מיקרי תפיסה ברשות וע"פ סברתו לענין מעשה יסבור מדעת מהר"ם ז"ל דאם ראובן נתן מעות לגוי להוליכם לגוי ושכחם הגוי דלא זכה השליח כלום כ"ש שאני אומר דאפי' נחלק בחילוק הזה נדון

דיין

לדין למי דראובן שנתן מעות לשמעון להוליכם לגוי ולא נתנם לגוי ולא דמי להתפיסו בתורת שאלה ופקדון דבשלמא בשהתפיסו בתורת שאלה ופקדון כבר התפיסו שיהא שלו כל זמן השאלה והפקדון אבל הכא שלא התפיסם אפילו שעה א' אלא התפיסם להוליכם לגוי הוי כנתנם ליתן לגוי ושכחם ועדיף טפי דהתם אע"פ שלא פירש שנתנם לו ע"מ שיתנם לגוי ואם לא נתנם הרי הם שלו דשתאו כפירושו כ"ש בנדון שלנו שתנאי מפורש ביניה' על ידי גזרת הלייכין שיתן ראובן לשמעון סך כך ובעבור'יפטרנו מכל הטענו'והתביעו' שהיו לו אשלו וקבל שמעון הסך הנז' ונשבע שלא להרהר על זה הרי הוא כאלו התנו בפירוש שאינו מתפיים לתת לו הסך הנז' אלא בתנאי שתתקיים המחילה אבל כל זמן שלא נתקיים ברשותיה דראובן קאי כההיא למהר"ם וכ"ש הוא וכדכתבינן

ובזה אפי' מהריב"ל ז"ל יורה

וכ"ת אי מכח תנאי אתינן עלה הרי לא היה כאן תנאי כפול והתנאי בטל והמעשה קיים ואע"ג דאיכא מרבוותא דסברי דבממונא לא בעינן תנאי כפול מ"מ מידי פלוגתא לא נפיק וחזר שמעון מוחזק ואין מידו מציל הא כמו שיראה המעיין בספרי הפוסקים אחרונים וקדמוני' יראה דבנדון דידן אין צורך לתנאי כפול דהוי אומדנא דמוכח טובא כההיא דזבין נכסיה אדעת'למיסק לא"י ועוד מטעמי' אחרים שיראה המעיין ועוד דהא דיכול המוחזק לומר קים לי בפלוגתא דרבוותא היינו כשאין שם שבועה אבל כנדון שלנו שנשבע ש'להעמיד המחיל'איכו יכול לו'קי"ל שעוב' על השבו' לדעת האומרים דבממונא לא בעינן תנאי כפול ואע"פ שיש מגדולי המורים סוברים דכל דהוי פלוגתא דרבוותא דיכול המוחזק לומר קים לי אפי' בשבע יכול לומר קנין אין כאן שבועה אין כאן המעיין בספר כנסת הגדולה סימן ס'בהגהת ב"י אות מ"ט יראה שרוב האחרונים וכמעט כולם חולקין על זה וסוברים דחייב להשלים מכח שבועתו וסוגיין דעלמא הכי אזלא ואלו כולן הלכות קבועות וארוכות הן מבוארי'במקומ' באורך וכאן אין מקום להאריך כללא דמילתא דעתי' משכמ' למ"ש ה"ה כנ'הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמ"הר ישראל

נבנבשת זלה"ה

סימן ב' איזמיר התי"ף

בי מסיבותיאהו דרשו החכמים השלמים ה"י יחיו דגן ויפרחו כגפן הרשוני

להכריע על מחלוקת שנפל ביניהם על איש יהודי יכריה אלבשיה ובעל בת אל נכר והוליד ממנה בן ונתגייר אותו הבן אם הוא כשר להתמנות על הצבור להיות פרנס שזה אוסר וזה מתיר והמה בחכמתם האריכו לשעניתם ואני אנה אני בא מה אתן לפני מעכ"ת אמנם להיותי מצווה מפי מעכ"ת

אחוה דעי אף אני

אמר אני אחזה לי לא אלכתי מרועה אחר מצותכ' ובינותי בספרים וראיתי שצדק החכם הפוסל בכל דברו אשר דבר לפסול לאיש הלזה מהיות פרנס על הצבור ואין ספק אצלי שהחכם השלם המכשיר כתב מ"ש בלא ראות ועיפות מחיפוש בספרים שאלו היה מעמיק בענין כראוי לאיש כמוהו היה רואה שהדין אמת כמ"ש החכם הפוסל והנה הוא החכם השלם המכשיר כתב שתי טענות להכשיר האחת דלענין שררה לא בעינן שיהא מיוחס אחריו ומחילה מכ"ת לא כן הדבר ואשתמטתיה מ"ש התוס' בסוטה פרק אלו נאמרי' שמשם יראה המעיין שאפי' לענין שררה בעינן שיהא מקרב אחיך שיהא אמו מישראל וכדבעינן למכת' קמן והטענה השנית דאמר שאבין מישראל אע"פ שאמו גויה גמורה מקרב אחיך קרינן בה והביא ראיה מרב מרי בר רחל שאע"פ שאבין היה גוי גמור משום דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה ראיה זו משתבר'מאליה ומה ענין זה לנדון שלנו שאמו מישראל אע"פ שאבין גוי גמור מקרב אחיך קרינן ביה שהולד מתיחס אחר האם כדקי"ל גוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ואיכא מרבוותא דסברי דכשר אפי' לכהונה אבל כשאמו גויה מה יועילנו היות אביו מישראל כיון דהבן הילוד אינו מתייחס אחר אביו אלא אחר אמו הנכרית כמו שמבואר בתלמוד ובפוסקים וכשאמרו התוס' דאם כשאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה כ"ש כשאביו מישראל לאו בתר גזוכא קאמרי אלא כאמו מישראל אפי' יהיה אביו גוי גמור מקרב אחיך קרינן ביה וכשאביו מישראל אפי' תהיה אמו גיורת מקרב אחיך קרינן אבל אם הוא בן הגויה גמורה הא ודאי פשיטא דלאו מקרב אחיך קרינן ביה וזה פשוט ומבואר בתכלית הביאור

(הגה"ה אחר זמן רב שכתבתי זה באו לידי תשובות הרא"ב ז"ל מכתב יד וראיתי בסימן ה'נשאל על שמעון שקרא תגר על ראובן שהיה פסול לדיני חליצה דהגם דאבין היה מבני האנוסים אמו לא מבנות האנוסים היתה כי אם מבנות הגוים והשיב הרב טעמים להכשירו וא'מהם דרבים מהפוסקים ס"ל דלענין חליצה באביו מישראל סגי כמ"ש הרב בעל הטורים והרב מהר"י קארו ז"ל בא"ה סימן קס"ט ולכאורה היה נראה שדעתו באביו מישראל אע"פי שאמו גויה גמורה כדברי החכם השל'המכשיר וליתא דהחכם הקורא תגר על ראובן היה מפני שאמו היתה גויה ואע"פי שנתגיירה לאו מקרב אחיך קרינן ביה דבעינן שיהיה ממולע מכל צדדיו כדעת רש"י ז"ל ושיטתו כדמוכח מן השאלה שאחר שכתב אבי ראובן וביתו ממלכות פורטוגל למלכות תוגרמה לחסו'תחת כנפי השכינה זיכה ה' ליעקב בבני'זכרים עוסקי' בתורה והרב ז"ל השיב דלרבים מהפוסקים כשר לדון בדיני חליצה אע"פ שהוא בן גיורת ואע"פ שהרב ז"ל נסתייע מדברי מהריב"ל ז"ל ח"ב סי' פ"ה דלא מחזיקינן לאנוסים שהם בני גויה וכיון הרב ז"ל דלא מחזקינן להו שנולדו בגיותם לאו כלום הוא שהרב ז"ל מביא ראיה מדברי מהריב"ל דלא מחזיקינן באמו גויה כדי שנאמר דגם זה היה בן גויה ואע"פ שנתגייר' פסול לחליצה וזה פשוט)

והנה החכם הפוסל כתב בתוך דבריו דבשהוליד שלמה לרחבעם מנעמה העמונית גיורת היתה והאיתין מבריאות ואני מוסיף מש"ש הרמב"ם בפי"ג מהלכו'א"ב אל יעלה על דעתך ששמשון המושיע את ישראל או שלמה מלך ישראל שנקרא ידיד ה' נשאו נכריות בגיותן והוא מדברי התלמוד בפרק הערל דשלמה גיוריה גיירה לבת פרעה ואם בת פרעה לא נשאה אלא בגרותה שנמשכה ממנה מלכות ב"ד ועוד ראיה ממ"ש התוס' ז"ל בסוטה פרק אלו נאמרין וכ"י בפרק החולץ ובפרק מצות חליצה דאע"ג דלשאר שררות די שיהיה ישראל מצד א' מלך שאני שחור ושנה מקרב אחיך תשים עליך מלך דקפיד קרא גבי מלך עד שיהא ממש מקרב ממולע מאביו ואמו מישראל ע"כ ואם רחבעם הולידו שלמה מנעמה בגיותה איך מלך ויצא ממנו מלכות בית דוד כיון שלא היו מהמקורבין שבאחיו שאמו גויה היתה ועוד ראיה ממ"ש הרב ז"ל בכ"מ פ"א מה"מ וז"ל ומשמע דלרבותא נקט אמו וכ"ש אביו מישראל אע"פ שאין אמו מישראל וכן כתבו בתוס' פרק מצות חליצה ובהכי ניחא לי היאך מלך רחבעם דלאו אמו מישראל הוה דהא בן נעמה העמונית הוה ע"כ ואם כונת הרב ז"ל להכשיר כשאבין מישראל אע"פ שאמו גויה מאי הוה קשיא ליה לרב ז"ל מרחבעם אם נאמר שאבין מישראל לא מהני כמו מישראל כיון שתחת האפשר שלמה

ונזיר לנשמה העמונית עוד היום כיתא דאבין מישראל ואמו נגויה לא מהני כמו אביו גוי ואמו מישראל ורחבעם שאני שהיה אביו מישראל ואמו גיורת ומקרב אחיך קרינן ביה דלא קפיד קרא אלא שיהיה עצמו גר אבל בן גר לא קפיד דאל"כ עוד היום קשה היאך מלך רחבעם שהיה בן גיורת ולאו מקרב אחיך קרינן ביה דאע"ג דאביו מישראל בעינן שיהיה מובחר מכל צדדיו אלא ודאי כדכתבינן דלא מצרכינן באביו מישראל אלא כשאמו גיורת אבל כשאמו גויה גמורה דהולד הולך אחר האם והוא גוי אע"פ שנתגייר גר הוי ופסול לשאר שררות וכ"ש למלכות ורחבעם שאני שהיה בן גיורת ומקרב אחיך קרינן ביה וכ"ת כיון דאפי' לשאר שררו' בעינן שיהי' אביו מישר' ואמו גיורת מאי רבותיה דמלך משאר שררות לא קשיא דנהי דלחלוקה זו אין חילוק בין מלך לשאר שררות מ"מ לחלוקה דאמו מישראל יש חילוק בין מלך לשאר שררות דלשאר שררות כיון שאמו מישראל אע"פ שאביו גוי מקרב אחיך קרינן ביה כרב מרי בר רחל אבל במלך בעינן שיהא ג"כ מישראל לאפוקי גר ולא גוי ואחלוקה דאמו מישראל כתבו התוס' דיש חילוק בין מלך לשאר שררות ומצאתי בתוספתא דסנהדרין פ"ד הביאה הסמ"ג בלאוין רכ"א וז"ל אין מעמידין מלך אלא מן המשיאין לכהונה ע"כ וכתב הסמ"ג שם והטעם משום שנא' מקרב אחיך תשים עליך מלך ממובחרין שבאחיך וכתוב בחידושי סנהדרין להר"ן ז"ל בשם הר"ד בונפיד מן המשיאין לכהונה פירוש מן המשיאין בנותיהם לכהונה ע"כ ולכאורה קשה מאי רבותיה דמלך משאר שררות דהא גר שנשא ישראלית וישראל שנשא גיורת מן המשיאין לכהונה לכתחלה הוא כדתנן בפ' עשרה יוחסין ואי גר שנשא גיורת הא נמי מן הנישאות לכהונה היא כראי' בפע"י ואפילו תימא דכיון דלכתחלה אין מורין כן לא מיקרי מן המשיאין לכהונה ואין מעמידין מלך ממנו איכא דאפילו לשאר שררות אין ממנין אותו לכתחלה דכיון דבן גר וגיורת הוא לאו מקרב אחיך הוא ואי בגוי ועבד הבא על בת ישראל דבשאר שררות כשר כיון דאמו מישראל אין מעמידין אותו מלך משום דולד זה אם היא בת פסולה לכהונה הניחא למ"ד בגוי ועבד שבא על בת ישראל דהולד פגום לכהונה אלא למ"ד דכשר אפילו לכהונה מאי איכא למימר

ואם כאמר דישראל הבא על הגויה והוליד ממנה בן ונתגייר כשר לשאר שררות כדעת החכם המשביר ניחא דהיינו רבותיה דמלך משאר שררות דלשאר שררות כשר ולמלכות פסול וכיון שאם הולד היא בת פסולה לכהונה דכהן אסור בגיורת אף אם הוא זכר פסול דאין מעמידין מלך אלא מן המשיאין לכהונה אבל לפי מה שהסכמתי דפסול אפי' לשאר שררות מאי רבותיה דמלך משאר שררות וכ"ל דהיינו רבותיה דמלך משאר שררות דלשאר שררות ממזר וחלל שבאו על בת ישראל הולד כשר כיון דאמו מישראל מקרב אחיך קרינן ביה ופסול למלכות משום דבעינן מהמשיאין לכהונה וממזר וחלל הבא על בת ישראל בתו פסולה לכהונה כדאמרינן בפרק עשרה יוחסין ובת ממזר אפילו לישראל פסולה אלא דנקט תנא מן המשיאין לכהונה משום בת חלל דמותרת לבא בקהל ופסולה לכהונה אי נמי אפשר לומר דהיינו דאיכא בין מלך לשאר שררות בן גר וגיורת דאע"ג דכשר לכהונה בדיעבד כיון דאם בא לימלך מורין לו כראב"י דאסור לא מיקרי מן המשיאין לכהונה ופסול למלכות אבל לשאר שררות אפשר דלא מיפסיל דאע"ג דלאו מקרב אחיך קרינן ביה אפשר דקרא דכתי' מקרב אחיך אלא תוכל לתת עליך איש נכרי קאי וה"ק לא תוכל לתת עליך איש נכרי שהיה נכרי ונתגייר דכיון שהוא נכרי בעינן שיהיה אמו מישראל אבל אם הוא בן גר וגיורת לא בעינן מקרב אחיך כיון שאינו נקרא נכרי ואין נראה כן מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות מלכים

ולגב אחרון דהיינו מתוספתא זו שמוכרח לומר שבא"מ המלך הוליד את רחבעם מנעמה העמונית אחר שנתגיירה דאל"כ הא שהולידו בגיותה הרי רחבעם פסול למלכות כיון שאם היתה בת היתה פסולה לכהונה אף בהיותו זכר פסול למלכו' דאין מעמידין מלך אלא מן המשיאין לכהונ' ונסתייעו דברינו סיוע נאור מתוספתא זו ומתה אלי מן האי המשביר שכתב דמ"ש התוס' וכ"ש כשאביו מישר' דכשר דמיירי אפילו בבא על הגויה בגיותה והרב ז"ל בב"י א"ה סי' קנ"ט משיר בהפך שעל מ"ש בספר הטורים שם ונשא הבת אין מגרים רק שיהיה אביו מישראל כתב ז"ל כ"כ התוס' ז"ל בפרק מצות חליצה ולכן הדין עם החכם המשביר מן הכר הזה לכך זה ראיתי להחכם המשביר כתב בתוך דבריו והא ודאי פשוט שולד זה הבא מן הגויה ומישראל פסול לכהונה כיון גר שהרי הולד כמוה לגיורי לכל דבר ואינו מיוחס אחר ישראל כלל וזה פשוט מאד עד שחרוב כשיטתו לא הביא מן הפוסקים כהוייא והנה שאין זה צריך ראיה מ"מ ראיתי להביא ראיה לזה בפירוש מן הפוסקים איתא בלבוש א"ה סי' ז' כו' ע"כ

וכמחילה מכבודו אגב שיטפיה לא דק דהלכה רווחת ומימרא מפורשת בפרק עשרה יוחסין דכהנת מותר בגר ועבד משוחרר ופסקוה הפוסקים ואם בגר גמור שנולד בגיותו של אביו ואמו כשר לכהונה כ"ש בבן ישראל וגויה ונתגייר שכשר לכהונה איברא שכהן אסור בגיורת אבל היינו הטעם שאסורה משום זונה אבל בגר דליכא האי טעמא מותר בכהנת ומה שהביא ראיה מספר הלבוש אין משם ראיה לנדון שלנו לאסרו לכהונה דשאני התם שילדה בת ואסורה לכהונה משום זונה וכדכתבינן ובודאי שצריך שיהיה הדקדוק מעין המפורש ומה במפורש מדבר בשילדה בת אף הדקדוק אם ילדה בת אבל אם ילדה בן כשר לכהונה גם מה שהביא ראיה ממ"ש אח"כ בעל הלבוש וז"ל גר שנשא ישראלית או ישראל שנשא גיורת הבת מותרת לכהן לכתחלה מפני שיש כאן מקצת זרע ישראל או האב או האם אבל כשאין שם זרע ישראל כלל כגון גר שנשא גיורת וילדה בת פסולה לכהונה ע"כ ואם איתא שולד הבא מישראל ומן הגויה כשר לכהונה מאי איריא ישראל שנשא גיורת לשמעינן בישראל שנשא גיורת שהולד כשר לכהונה דהוי רבותא טפי וכ"ש ישראל שנשא גיורת ע"כ אינה ראיה דהתם בילדה בת קא עסיק ובגויה שילדה בת מישראל ונתגיירה פסולה לכהונה משום זונה ולכן נקט ישראלית שנשא גיורת ולא נקט ישראל שנשא גויה וכל זה פשוט ומבואר וכל זה כתבתי כפי מחלוקת החכמי' שאינו שלא נחלקו אלא אם ישראל הבא מן הגויה מקרי מקר' אחיך או לא אבל אי לא מקרי מקרב אחיך שניהם שוים לטובה לומר שהוא פסול למנותו פרנס על הצבור ואמנם אכשר לבקש זכות לאיש הלזה להכשירו למנותו פרנס על הצבור מצד אחר והוא ממה שכתב הרא"ש ז"ל בפרק מצות חליצה דלא בעינן מקרב אחיך אלא במילי דשררה וכפיה אבל יכול לדון אפילו גר גמור שאין אביו ואמו מישראל בלא שררה וכפיה ע"כ והם דברי התוס' ז"ל בפרק החולץ ליבמתו והר"ב הטורי' ז"ל בי"ד סי' רס"ט ולזה הסכימו הרבנים הסמ"ע והב"ח ולפי זה בנדון שלפנינו אם בהנהגת הפרנסות ליכא שררה וכפיה יכולין למנותו פרנס על הצבור

איברא דהרי"ף והרמב"ם והרב בעל הטורי' ז"ל לפי מ"ש חולקים על זה וסוברים דכל שאין אמו מישראל אינו יכול לדון אלא גר חבירו אבל ישראל אינו יכול לדון ולפי זה היה נראה בנדון שלפנינו דכיון דהלכה זו במחלוק' היא שנויה יכול הבעל דין לומר שאינו רוצה להתדיין לפני שהוא

שהוא פסול לדונו כדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל • אלא שראיתי למהרש"ח ז"ל בביאורו לח"מ סימן ז' כתב דאפילו לדברי הרי"ף ז"ל וסיעתו אם קבלוהו עליהם גר לדון כשר דלא גרע מפסולי אחריני ולכן בנדון שלפנינו כל שהקהל מרוצים שיהיה פרנס עליהם הרי הוא כקבלוהו עליהם ויכול להיות פרנס ומיהו דוקא במילי דליכא שררה וכפיה מהניא הקבלה להיותו כשר ולמנותו פרנס על הצבור לכ"ע אבל במילי דאיכא שררה וכפיה אפשר דאפי' קבלה לא מהניא והיה מקום להאריך בפרט הזה אלא שאהבת הקיצור אשמרה לפי מחאוס הגלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ב. מה ששאלני החכם ע"ז

אמר הצעיר אחרי נשיקת ידי מר ראיתי לנקות את עצמי ממה שחשדני מר שנפלתי בטעות פשוט על אמר דאפי' דרוקי דבי רב דחד יומא לא יטעה כן מעכ"ת כתב שלא דקדקתי כי הלכה רווחת ומימרא מפורשת בפרק עשרה יוחסין דכהנת מותרת בגר ועבד משוחרר ופסקוה הפוסקים נראה שמעכ"ת הבין שכונתי היא לפסול את הגר בכהנת חלילה לי וחס לטעות בטעות מפורסם כזה ולא עוד אלא לכתוב עליו שהוא פשוט כביעתא שכותחא עד שמרוב פשיטותו לא דברו בו הפוסקים בהדיא ולהביא על זה ראיות של בוקי סריקי מספר הלבוש שאפילו חסר שבחסרים לא היה מביאם לראיות אלא כונת דברי שכתבתי והא ודאי פשוט שולד כזה הבא מישראל ומן הגויה פסול מן הכהונה היא בולד נקבה שהיא פסולה לכהונה על זה כתבתי שהוא פשוט כביעתא בכותחא ועלי היו ראיותי מן הלבוש דמר שדי בהו נרגא לפי מה שהבין מדברי ותמהני טובא עליה דמר שמי הכריחו לפרש כך דברי שהרי אני לא כתבתי אלא להכרי' ממנו שפירוש התוס' ז"ל במה שכתבו בפרק מצות חליצה שבאבין מישראל לחוד שני להא לענין יחס כהונה שני באביו מישראל כדאמרינן בפ' עשרה יוחסין ע"ב אינו אלא בישראל שבא על הגיורת לא בישראל שבא על הגויה כמו שפירשו בני פלוגתי ולהכרי' זה לא הייתי מוכרח לפסול את הגר בכהנת בדי שיוכן זה מכונתי שלא הפי ההפרח שלי בפירוש דברי התוס' ז"ל במקומו עומד כאשר יראה עיני כל מעיין ועוד שבדברי מלא מזה בתו כשרה לכהונה בתו פסולה לכהונה שכל כונתי אינה אלא בבת גרה לא בבן גר ואי משום שכתבתי שולד זה פסול לכהונה בלשון זכר מה בכך ולד כתבתי לא בן וולד הוא שם כולל לזכר ולנקבה ומפני שמלת ולד הוא לשון זכר על כן כתבתי אחריו כשר ופסול כמי שאומ' אדם זה הגם שידבר על הנקבה והטעם שאדם כולל זכר ונקבה הוא לשון זכר על כן אומר זה ולא זו וכמי שאומר בהמה זו הגם שידבר על הזכר משום דבהמה שכולל על הזכר ועל הנקבה הוא לשון נקבה לכן אומר זו ולא זה וכן הוא לשון הלבוש שכתב ל"מ אם אביו מישראל דהא כגון זה כשר לכהונה והא ודאי שאין כונת הלבוש בולד זכר שכשר בכהנת דא"כ מאי אירייא אביו מישראל אפי' שיהיה גר גמור כשר בכהנת שודאי שלא יטעה גם הוא כמו שטעיתי אני לדעתיה דמר ומה שלא פרשתי שכונתי בולד פסול לכהונה איירי אלא בולד נקבה לא בולד זכר כיון שולד שם כולל הוא משום דלא הוה שייך זה בנדון דידן

ומכל מקום נמצינו למדין מכלל דברי מר שמורה לנו שבת ישראל הבאה מן הגויה פסולה להנשא לכהן שזהו היסוד שעליו בניתי כל בנייני להכריח שפירוש התוס' ז"ל הם כמו שפירשתי אני וזה היסוד היה פשוט בעיני מאד ומכל מקום כדי שלא להניח שום פתחון פה לבעל דין לחלוק הבאתי הראיות שהבאתי מדברי בעל הלבוש ז"ל שדבריו הם מוסכמים מהפוסקים

ועל מה שכתב מר שלדעת הרא"ש ז"ל שכתב דלא בעינן מקרב אחיך אלא למילי דשררה וכפיה יהיה מותר למנותו פרנס על הצבור אם בהנהגת הצבור ליכ' שררה וכפיה נראה לי שסתם פרנס הוא ממונה לשררה וכפיה שהרי אמרו בגמרא שאפי' למינוי טורזינא ושאר צרכי העיר בעינן מקרב אחיך ולא חלקו הם בין אם יש שם שררה וכפיה לאם לא יש שררה וכפי' אלמא דסת' מינוי שררה וכפיה חשיבא ליה ולא הזכיר הרא"ש ז"ל אלא לדון לבד שאין בו שום שררה לדון על פי דין התורה אבל לכל מינוי מודה ז"ל דפסול כסתמא דתלמודא

ועל מה שכתב מר דלפי דברי מהרש"ח ז"ל שאם קבלו עליהם גר לדון שכשר דלא גרע מפסולי אחריני הכא נמי בכיון שלפנינו כל שהקהל מרוצים שיהיה פרנס עליהם הרי הוא כקבלוהו עליהם והוא כשר להיות פרנס גמור אחר המחילה אומר אני דלא נהירא לי דאין הנדון דומה לראיה שהרי הפרש גדול יש בין דין לשררה וכפיה שהרי הרא"ש ז"ל וכל סיעתו המכשירים את הגר גמור לדון דיני ממונות והטעם הוא משום דאין בדין דיני ממונות שום שררה וכפיה ופוסלים אותו לכל מיני שררה ובזה כאמר דלא כתב הרב מהר"ר שמואל חיון זכרונו לברכה אלא לדון דיני ממונות דוקא דלא גרע לדון הגר מכל הפסולים לדון שקבלום עליהם אבל לא לשררה וכפיה

ותמהני עליה דמר הרב'דהיאך יהיה מותר לקבלו עליהם לשררה והפסוק מכרין ואומר לא תוכל לתת עליך איש נכרי שפירושו לא תוכל לקבל עליך כו' והרי אגריפס המלך הנס שקבלוהו עליהם הצבור שהרי אמרו לו אחינו אתה אפ"ה נתחייבו כליה כדאיתא בגמ' ולא מצינו שום חילוק בין מלך לשאר שררו' אלא לענין אי בעינן שיהי' מזרע ישר' משני הצדדין או אם די מצד אחד אבל לשאר מילי לא מצינו שום חילוק ביניהם לא בגמ' ולא בפוסקים ששניהם נכללו בפסוק אחד ובפירוש איסורו של זה פירוש איסורו של זה ועוד מכינן שהוצרכו המפרשים לומר על שמעיה ואבטליון שהיתה אמם מישראל כיון שמינום עליהם הצבור לנשיאים וז"ל הרב בעל תוס' י"ט בפ"ק דאבות כתב רבינו ליווא כו' ואי"ת'כותיה דמר למה הוצרכו לדחוק עצמם בכך נימא שקבלום כולם עליהם ואם ישיב לי מעכ"ת שמהרש"ח ז"ל כתב זה אפילו להרי"ף והרמב"ם ז"ל שפוסלים את הגר אפי' לדון דנראה דלדידהו בכלל לא תוכל לתת עליך איש נכרי נכלל איסור הגר לדון וא"כ הדין והשררה שוים הם וא"כ מה שאמר הר"ש חיון ז"ל בקרא דלא תוכל לתת עליך איש נכרי ובשאר הקל יאמר מר לסברתו לזה נשיב אנו למר שא"כ הוא דלא נפקא ליה להרי"ף והרמב"ם ז"ל איסור גיורא לדון אלא מקרא דלא תוכל לתת עליך איש נכרי דדין ושררה שוים הם וסלק מעלינו מאי רק' לן עליה דמר ובשליך יקשינו על מהרש"ח שנקשה עליו מה שהקשינו עליה דמר ועל כן לא ניחוש אנן לסברת מהרש"ח ז"ל בהא דאין אנו מוכרחין לקבל סברתו כאלו היא הלכה למשה מסיני דלאו מר בריה דרבינ' אתים עלה ונאמ' דגרע וגרע הגר מכל שאר הפסולין לדון מגזירת קרא דלא תוכל לתת עליך איש נכרי א"כ הוא שהדין והשררה מהדין קרא נפקי ובפרט שקשה טובא על סברתו מאגריפס המלך והבו דלא לוסיף עלה

והואיל ואתא לידן להיות אני הצעיר שקיל וטרי עם מורינו הרב שיחיה טב ראיתי להעסיקו בעיון ד' ענייניס שהוקשה לי בהן טובא ממסכת ברכות כו' ועכשיו שוכיתי

שזכיתי לאחוי פלפוליה דמר שמתי ככי כחלמית להטריח לו שיכתבני עליהם כי תורה היא וללמוד אני צריך ואפריין במטייה ליה למר תמטרא דילן ואגריה נטיר ליה כלכי שמיא כי אורך ימים ושנות חיים ושלום יוסיפו לך ושלום רב מאדון השלום למר וממני הקטן והצעיר שבתלמידיו

סימן ד׳ וזה אשר השיבותי לחכם הנז׳

מקור הדעת ותבונה תעוז ידך תרום ימינך לאגוחי קרנא כהויות דאביי ורבא יכעת חכמתך כל חפלים וכלי יקר לא יערכנה לעשות רלון אביך שבשמים כל ישפוך וכל חפץ וכמטמונים תחפשנה החכם השלם כמה״ר נר״ו

בהגלות נגלות קול מכהלות רוח מבינתך אמרות טהורות אורו עיני אור יקרות והין לאורות והנה פתח דבריך וראשית אמריך כתבת שלא עלה על לבך לב חכם לאסור גר בכהנת ועל זה החרדת חרדה גדולה ונפלאת עלי הפלא ופלא שתי הכריחוני לפרש כן בדבריך ואני אשר עם לבבי אשיחה מערכת קונטריסי הראשון מוכיח בבירור שכונתך רלויה לאסור האיש הלזה אשר אנו עומדים עליו לכהונה לא באחת ולא בשתים מקומות ואם לבך יהגה חכמה וכלפי לייא תבטא בשפתים האדם יראה לעינים כי לא נביא ולא בן נביא אנכי

ואנא היום עין משפטיך אתה חרצת וכתבת שמה שכתבתי שאם קבלוהו הקהל עליהם כשר למנותו פרנס על הלבור דלא נהירא לך דהפרש גדול יש בין דין לשרר׳ והארכת בזה מן הדומה שנית מדברי דקבלה מהניא אפילו למילי דשררה וכפיה מה שלא דמיתי ולא עלתה על לבי אלא כדעתך ידעתי גם אני דלא מהניא קבלה אלא לדין אבל לא למילי דשררה וכפיה ואחשוב שלא יתג״ן בקונטריסי דבר סותר לזה וכלפי מ״ש ולדעת הרא״ש כשר להיותו פרנס על הלבור אם בפרנסות ליכא שררה וכפיה ולדעת הרי״ף והרמב״ם פסול ויוכל המוחזק לומר קים לי כותייהו כתבתי שכבר כתב מהרש״ח ז״ל דאפילו לדעת הרי״ף והרמב״ם ז״ל בקבלה מהניא והוא סובב על מ״ש הרא״ש ז״ל דבלא קבלה מהניא אבל למילי דשררה וכפיה דלא מהניא לדעת הרא״ש ז״ל עדיין אפשר דאפילו בלא קבלה לא מהניא

איברא שלכאורה קשה כיון דלדעת הרי״ף והרמב״ם ז״ל דין ושררה שוים הם ואיסו׳ דידהו נפיק מלא תוכל לתת עליך איש נכרי מאן פלג ליה למהרש״ח ז״ל לומר דלדון מהניא קבלה ולמילי דשררה וכפיה לא מהניא והא לאו מילתא היא דהא דמהניא קבלה לדון לא מפני דמהני הקבלה להיותו עליהם דיין אלא דמהניא הקבלה לקבל עליהם דינו דכיון דשני הבע״ד מתרלים מי יאמר להם מה תעשו ושלא יקבלו את דינו והרי זה כמי שקבל עליהם פסול לדון כדתנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך כו׳ וזה לא שייך למילי דשררה וכפיה שאם תועיל הקבלה לריכים הם לקבלו עליהם לרותם במקל ורלועה והכתוב כווח לא תוכל לתת עליך איש נכרי ועל זה נתחייבו שונאיהם של ישראל כליה מפני שנשאו חנופה והחניפו לאגריפס המלך ואמרו לו אחינו אתה ולפי זה לריך לומר דשמעיה ואבטליון מקהל גרים היו לא שהם עלמם גרים כמ״ש בספ׳ תי״ט בשם רבינו ליווא כמ״ש בשמו

האמנם הרב הנז׳ בעלמו כתב שיש שפירשו שהם עלמם גרים ואעפ״י שהרב ז״ל כתב שזה טעות כבודו במקומו מונח שרבים וגדולים מן הדעת הזה והרמב״ם ז״ל מכללה כמו שכתב בהקדמת ספר היד ובפירוש המשנה בפ״ק וכ״ה מטריות והראב״ד ז״ל בפ״ה דעדיות לפירושא קמא ורבינו עובדיה בפ״ק דאבות וז״ל הגבר הגדול מהר״י אברבנאל ז״ל בספר נחל׳ אבות כתבנית שמעיה ואבטליון ואודיעך מה שראיתי בספרי הגוים אשר על אבטליון שהיה בחור ושר נמוסים ויתות הרבה ועוד היום יש ביניהם דת אחת הנקראת דת אבטליון ואמרו שאבטליון זה עזב עבודת הצלמים שהיו נוצרי והלך לבקש דת אמת והוא בלי ספק זה הנזכר במשנה שעם היותם גרים בתלמו בהכתוב ע״כ עיניך הרואות שדעת הרב ז״ל ג״כ שמעיה ואבטליון הם עלמם היו גרים והכי מוכח בפ״ה דעדיות דתנן הוא היה אומר אין משקין את הגיורת ולא השפחה שהיא משוחררת וחכמים אומרים משקין אמרו לו מעשה בכרכמית שפחה משוחררת שהיתה בירושלים והשקוה שמעיה ואבטליון ואמר להם דוגמא השקוה ופירשו שם הרמב״ם והראב״ד ורבינו עובדיה ז״ל בפירוש ראשון דוגמא השקוה כלומר דוגמא דידהו מפני שהיו גרים רלו להחזיק הגיורת בכל דיני ישראל ע״כ ולשון שהיו גרים משמע שהיו עלמם גרים לא שהיו מקהל גרים ועוד אי הם עלמם לא היו גרים לא שייך לומר דוגמא השקוה כיון שהיא עלמה היתה גיורת דכל שאינה גיורת בעלמה לכ״ע משקין והרי היא ככת ישראל ועוד אם שמעיה ואבטליון לא היו הם עלמם גרים אלא מקהל גרים הא גריעותייהו שרלו להחזיק את הגיורת בכל דיני ישראל מפני כנו״ם והלא כל שלא היו הם עלמם גרים לא גרעי מישראל זרעוי למלכות אלא ודאי כל המפרשים שפירשו דוגמא השקוה בפירוש הנז׳ סוברים דשמעיה ואבטליון הם עלמם היו גרים ולא מקהל גרים וכן מתפרשים דברי רש״י ז״ל במסכת ברכות דף י״ט וכמו שנראה מדברי התוס׳ ז״ל שם

מעתה לריכין אנו ליישב לפי דעת הגדולים הללו איך נתמנו שמעיה לנשיא ואבטליון לאב ב״ד ואת״ל שקבלוהו עליה׳ א״כ למה נתחייבו שונאיה׳ של ישראל כליה מפני שהחניפו למלך אגריפס ואמרו לו אחינו אתה הרי קבלוהו עליהם ועוד איפשר דקבלה מהניא והכתוב אומר לא תוכל לתת עליך איש נכרי ואומר אני חדא מתרתי או דס״ל להנהו רבוותא דיש הפרש בין מלך לשאר שררות דאע״ג דבשאר שררות קבלה מהניא כדאשכחן בשמעיה ואבטליון מלך שאני דבדידי׳ אפי׳ בקבלה לא מהני והטעם בזה דכיון דיש חילוק בין מלך לשאר שררות דבשאר שררות באמו מישרא׳ סגי אע״פי שאביו היה גוי ובמלך בעינן שיהי׳ ישראל בכל לדדיו כדתני׳ בתוספ׳ פ״ד דסנהדרין אין מעמידין מלך אלא מן המשיאין לכהונה אי תועיל הקבלה לכשהוא גר מצד לדדין אם כאמו מישראל לא מהני קבלה כל שכן בגר מצד לדדיו אבל בשאר שררות דבאמו מישראל סגי בלא קבלה חות דרגא דבשאין אמו מישראל בקבלה מהני ולפי זה מ״ש הכתוב לא תוכל לתת עליך איש נכרי ופשטיה משמע אפי׳ בקבלה היינו דוקא במלך כפשט הכתוב אבל בשאר שררות דמשום תשים מרבינן כל משימות שאתה משים לא יהיו אלא מקרב אחיך או מלא תוכל לתת עליך איש נכרי כמ״ש כ״י ז״ל בפרק החולץ לא מרבינן להו לאיסורא אלא בלא קבלה אבל בקבלה מיהא מהני)

אך מה שלבי מגמגם בזה דאפי׳ דנימא דיש חילוק בין מלך לשאר שררות שמא היינו דוקא לשאר שררות בעלמא אבל הנשיא שהוא במקום המלך וה״ה ריש גלותא כי היכי דבמלך לא מהניא קבלה אף בדידהו לא מהניא קבלה וחוזרה קושייתינו למקומה איך מינו לשמעיה נשיא ומיהו אין שמנו זה נמנום שלא אם נאמר דאף הנשי׳ בריש״יה יש׳ מכל לדדין ובאמו מישראל לחוד לא סגי דומיא דמלך אבל אם

נאמר

נאמר דאף בנשיא כאמו מישראל לחוד סגי כשאר שררות לא יקשה עלינו היאך מינו לשמעיה נשיא דכיון דיש חילוק בין מלך לנשיא כשאמז לבד מישראל יש חילוק נ"כ בענין הקבלה דבנשיא שהניא הקבלה ובמלך לא מהניא קבלה ומשתכר דגם בנשיא כשאמו מישראל לחוד סגי כשאר שררות או כלך לדרך זו בין במלך בין בשאר שררות קבלה מהניא והכתוב דלא תוכל לתת עליך איש נכרי מדבר שלא בקבלה כאגריפס כדבעינן למכתב קמן אבל בקבלה מהניא ומה שנתחייבו שונאיהם של ישר' כלייה כשאמרו לאגריפס אחינו אתה הוא מפני שהחניפו לו לומר אחינו אתה מפני שאמו מישר' וראוי למלכות וכדפרש"י ז"ל בפרק אלו נאמרין או מפני שאמרו לו אחינו אתה במלכות וראוי אתה למלכות כמ"ש התוס' בפרק החולץ דלכולהו פירושי יוצא דהחניפו לו לומר שמן הדין היה ראוי למלכות אבל א"כ שאם היו אומרים לו שאע"פי שמן הדין לא היה ראוי למלכות הם היו מקבלין אותו למלך לא היו נענשים ופשוט אבלי שאפי' היו מקבלין מלכותו עליהם לא מהניא מפני שאותה קבלה היתה באונס שיראים היו למחות שלא יהרגם כענין בבא בן בוטא ומי לא עסקינן שכשמלך הורודוס הודו במלכותו מפני היראה ואפילו הכי לא הועילה אותה קבלה כיון שמלך בזרוע שלא ברצון חכמים וכל זה מבואר בתוס' בפ' אלו נאמרין אבל א"כ שאם מתחלה היו מקבלים את הורודוס למלך בלתי כפיה אלא מרצונם הטוב ברצון כל ישראל היו מקבלין אותו היתה מועלת אותה קבלה והדברים צריכים תלמוד

ולענין פסקא דדינא דאתינן עלה כיון דלמפרשי' שסוברי' שמעיא ואבטליון הם עצמם היו גרים מוכרחי' אנו לומ' דבקבל' מהני' כשאר שררות ואפי' למפרשי' שסוברי' דלא היו הם עצמם גרים אלא מקהל גרים לא בא בדבריהם מבואר דאפילו בקבלה לא מהניא בשאר שררות כל שקבלוהו עליהם הקהל ומרוצים במינויין יכול לדון אפי' במילי דשררה וכפיה הנלע"ד כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל ננכנשת זלה"ה

סימן ה׳ איזמיר למהר"ר עזריא יאושע נר"ו שנת הת"ה

שאלה חכם זקן ומפורסם בהוראה שהיה דן את יחידי קהלותיו ימים רבים בצדק ובמשפט ולעת זקנתו קמו עיניו משיבו ולא יכול לראות ונעשה סגי נהור ילמדנו רבינו אם יכול עוד לדון או אינו יכול לדון ושכמ"ה אכי"ר

תשובה זה ימים או עשור נשאלה שאלה זאת מלפני האת הישים נכון ומעולה כמה"ר משה אלגראנאטי נר"ו אחוה דעי אף אני כזת מה לעשו' ובראותי שמחלוקת זה נפל בין שני שרי לבאות ישראל זקנים המה בחכמה ובמנין משכתי ידי מלהשיב על הענין לשתי סבות אם כי לא נשאלתי משתי הכתות ומתורתו של הריב"ש ז"ל בהרבה מתשובותיו למדנו שאין להשיב בדיני ממונות בלתי היותו נדרש משני הכתות ואת שנית ששני לכתרות הזהב המתוכחים בזה נפלאה אהכתם לי אם הרב המכשיר אף כי לא ראיתיו למראה עינים לשמע אזן שמעתי את גדלו ואת ידו כחזקה לתורה ולתעודה זה סיני ועוקר הרים מר ניהו רבה ורב יאושע יה יושיעהו מכל צרה וצוקה אכי"ר ואם הרב הפוסל נודע בשערים שמו כי רב הוא ורב גובריה מר ניהו רבה ורב יוסף יוסיף ה' ימים על ימיו ושניו על שנותיו אכי"ר שתים הנה מנעוני לגלות דעתי בנדון הלז ובן

או אזלתי ועד השתא אני בא כי הרב האוסר בהיותנו בקושט' היא העיר הגדולה של חכמים ושל סופרים למינו בישיבה אחת וכל יומא ויומא שמעתיה דמר בפומן כי מדרשא ולבי ראה כמה מהכבוד וההידור היה מגיע אלי ממנו ומאתו ואהבת עולם אהבתני ובראותי שמורת הדין נוטה להתר והוא הפך הנראה לרב האוסר כסוגותי אחור שלא לחוות דעי שלא לחלוק על רפרין האמנם לעת כזאת שכבר נשאלתי משתי הכתות גם כשכבר יצא הדבר להתר ע"י החכם השלם סיני ועוקר הרים אחי ורעי נר"ו וע"י החזיקו תרי גברי רברבי גלויי דעתא בנדון הלז לא מעלה ולא מוריד לא לעזר ולא להועיל אמרתי אכינה נא הנלע"ד לאכוש' נברא

עיקרא דהאי מילתא איתא בפרק בא סימן ונפרק א' ד"מ דגרסינן התם ההוא שמיא דהוה בשיבבותי' דר"י דהוה דאין דינא ולא אמר ליה ר"י מידי כו' ומסיק תלמודא ר"י סתמא אחריניא אשכח ופירש רש"י ז"ל סתמא אחרינא דמכשיר סומין ולפי דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל דגרסי ההוא סמיא בא' מעיניו נפיק מינה דכי מכשיר ר"י היינו סומא בא' מעיניו אבל בשתי עיניו פסול ואם כי בדברי הרי"ף והרא"ש ז"ל לא כורש בפירוש דבשתי עיניו פסול כי אם מכללא בדברי הרמב"ם ז"ל בפי' אתמר דסומא בשתי עיניו פסול לכל ולפי סברתם צריך לומר הדא מתרתי או דס"ל דרבנן לא מקים ריבים לנגעים ומ"מ סומא בשתי עיניו פסול מהכתוב האומר והיה ביום הנחילו את בניו יום לתחלת דין ומדבעינן יום לתחלת דין כ"ש סומא בשתי עיניו דליכא ראיה מכל וכל וסומא בא' מעיניו דכשר לכתחלה אעג"ב דתנן במתני' דכין ביום היינו טעמא כדכתב הרי"ף ז"ל דהא כולהו איכשי לא מטו למיחזי בלילא כדחזי סומא בא' מעיניו ביום וקתני גומרין בלילה וכיון דגומרין בלילה דין הוא לסומא בא' בעיניו שידון ביום לכתחל' ע"ב והר' בעל המאו' הביא שרצון הרי"ף בדברי' או להכשי' סומא בא' מעיניו בדיעבד ולזה הקשה עליו דהאי טעמא ליתיה ואין טעמן של דבר אלא משום דלא מקשינן ריבים לנגעים כו' ולא היא דהרי"ף ז"ל לא אצטריך האי טעמא להכשיר סומא אפילו בדיעבד דכיון דלא מקשינן ריבים לנגעים ממילא הסומא כשר אי אצטריך ליה היינו למכשר סומא בא' מעיניו לכתחלה כדכתבינן

או איפשר דס"ל ז"ל דמקשינן ריבים לנגעים ואי לאו קרא דושפטו את העם בכל עת הוה מקשינן ריבים לנגעים מכל וכל ומה נגעים ביום אף ריבים אף גמר דין ביום ומינה דהוה מקשינן ריבים לנגעים דמה סומא בא' מעיניו פסול ריבים נמי סומא בא' מעיניו פסול אבל השתא דאיכא קרא דושפטו את העם בכל עת מקיימינן תרתי מקיימינן היקישא דריבים לנגעים לסומא בשתי עיניו ומקיימינן קרא דושפטו את העם בכל עת לגמר דין בלילה ומינה דסומא בא' מעיניו כשר לדון כיון דבלילה יכולין לדון גמר דין וזה היה נראה דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ג מה"ס אין מתחילין את הדינין בלילה מפי השמועה למדו שהדינין כנגעים שנאמר כל ריב וכל נגע מה ראיית נגעים ביום אף הדינין ביום ובפ"ב כתב סומא בא' מעיניו כשר אבל הסומא בשתי עיניו פסול לכל הנה שאעפ"י שהקיש ריבים לנגעים להתחלת דין ביום סומא בא' מעיניו כשר לדון משום דקרא דושפטו את העם גלי דלא מקשינן ריבים לנגעים לדון ביום לגמרי אלא להתחלת דין אבל גמר דין יכול לגמור בלילה וה"ה סומא בא' מעיניו וזה הכין הרב בלא"מ בדברי הרמב"ם בפ"ג אבל ההגהו' בפ"א מה"ס הבינו דרך אחר' בדברי הרמב"ם והוא זה דס"ל להרמב"ם דרבנן לא מקשו ריבי' לנגעים לגמרי

אפי'

אפי' לסומא משתי עיניו וכשר לדון ור"מ מקיש ריבים לנגעים אפי' לסומא בא' מעיניו דפסול לדון והרמב"ם ז"ל פסק כר"מ דסומא בב' עיניו פסול הואיל ולית לן קרא דגלי דסומא בב' עיניו כשר אבל בסומא באחד מעיניו פסק כרבנן דגלי לן קרא דושפטו את העם בכל עת לגמר דין בלילה וה"ה סומא בא' מעיניו ובזה נסתלקה קושית מהר"ש טאייטאצאק ז"ל בתשובה כ"י על ההגהות שאיך איפשר שהרמב"ם ז"ל פסק כר"מ והוא פסק דסומא באחד מעיניו כשר והרב בעל לחם משנה בפ"ב מהלכות סנהדרין כתב על דברי ההגהות דהא בורכא דהא חזינן להרמב"ם פ"ג דאית ליה היקישא דריבים לנגעים לסומא בשתי עיניו כו' ואני תמיה מה בכך כיון דהוא סובר דהלכה כר"מ דסומא בשתי עיניו פסול מההקש כתב דסומא בשתי עיניו פסול מההקש ועוד שהרמב"ם ז"ל בפ"ג כשכתב ההקש לא הזכיר סומא בשתי עיניו אלא שהוא ז"ל פירש כן בדברי הרמב"ם ז"ל ודבר תימה הוא שיקשה לבעל ההגהות כפי פירושו כ"ש שאפי' לפי פירושו אין כאן קושיא כדכתבינן ואם נגיה בדברי הרב בעל לחם משנה ז"ל כך דהא חזינן להרמב"ם ז"ל בפ"ג דאית ליה היקישא דריבים לנגעים וה"ה לסומא בשתי עיניו וכמו שכבאר וכונת הרב ז"ל להקשות על ההגהות דהא חזינן להרמב"ם ז"ל דאית ליה ההקש להתחלת דין ביום ולפי דברי ההגהות לדעת הרמב"ם ז"ל ההקש לא בא אלא לסומא בשתי עיניו ואף זו לא קשיא מידי דאית ליה הקש להתחלת דין ביום שהוא כסומא בשתי עיניו אבל לא לגמר דין בלילה שהוא כסומא בא' מעיניו ומה שהקשה עליו עוד דלא אשכחנא דרבנן פליגי עליה דר"מ אלא בהך מתני' דד"מ גומרין ביום וכיון דמהך מתני' לא משמע אלא סומא בא' מעיניו א"כ נימא דבשתי עיניו מודו ליה רבנן לר"מ הא ודאי קושיא היא אמנם לאו על בעל ההגהות לחוד קשיא הך קושיא אלא על כל המפרשי' המכשירי' סומא באחד מעיניו קשיא הך קושי' כמו שאבאר ואיך שיהיה דעת ההגהות לפרש בדברי הרמב"ם ז"ל כמ"ש

אלא שא"א לומר שהרמב"ם ז"ל אית ליה הקישא דסומא בשתי עיניו או דפסק כרבנן דס"ל דהיקישא אתי לסומא בשתי עיניו או דפסק כר"מ דסומא בשתי עינין פסול כדעת ההגהות שהרי בפרק מצות חליצה אמרינן דכ"ע לא מקשינן ריבים לנגעים דאי מקשינן אפי' גמר דין בלילה נמי לא הרי דסוגייא דתלמודא מסיק דכ"ע לא מקשינן ריבים לנגעים דאי מקשינן אפי' גמר דין בלילה נמי לא והרמב"ם ז"ל פסק דד"מ גומרין בלילה וכמו שהקשה בלח"מ ועוד דאי מקשינן ריבים לנגעים ה"ה דמקשינן נגעים לריבים דאין הקש למחצה ומה ריבים שלא בקרובים אף נגעים שלא בקרובים ואלו הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהלכות טומאת צרעת פסק כל הנגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו דפליגי עליה דר"מ בסוף פ"ב דנגעים וכן פסק הרמב"ם ז"ל גם בפירוש המשנה ולכן הנכון הדרך הא' שכתבתי דרבנן לא מקיש ריבים לנגעים כלל ועיקר ואפ"ה פסלי סומא בשתי עיניו לדון מדבעינן תחלת דין ביום כ"ש סומא בשתי עינין דפסול ולהאי גירסא ניחא קושיית התוס' ז"ל כמו שאבאר ומה שהרמב"ם ז"ל כתב הקש דריבים לנגעים בפ"ג מה"ם למעט התחלת דין בלילה לק"מ דאורחיה דהרמב"ם ז"ל להביא הדרשה יותר פשוטה אעפ"י שאינה כהלכה וכן תמצא להרמב"ם ז"ל בהרבה מקומות ועיין במהר"י קולון ז"ל שרש קע"ו והכי נמי הויא אורחיה דתלמודא בהרבה מקומות להוציא דרשא מפסוק א' אעג"ב דאותה דרשא נפקא לן לפי האמת מפסוק אחר לפי שאותו הכתוב שמביא הוא פשוט יותר מהאחר כדאיתא בקדושין ובב"ק וכ"כ התוס' ז"ל בפ"ב דגיטין ובפרק לולב הגזול ובסוף פרק אלמנה ניזונית ובפרק

שבועת העדות ובפ"ק דמועד קטן ובסוגיין גופא דריש ונגעים אינן רואין אלא ביום מדכתיב וביום הראות ובפ"ק דמ"ק דריש ליה מבנגע נראה לי כמ"ש התוס' ז"ל וכ"ש דהך הקישא לא אצטריך ליה לרבנן לדרשא אחרינא ולפיכך כתב הרמב"ם ההקש למעט התחלת דין בלילה לפי שהיא דרשא יותר פשוט' מוהיה ביום הנחילו את בניו

ואית דגרסי ההוא סמיא כו' ולפי גירסא זו נפיק דכי מכשר ר"י מכשר אפי' בשתי עיניו ולפי' גירסא זו קשה כל פרכינן לר"י והיכי עביד הכי ומשני סתמא אחרינא אשכח כו' עליין לא הועיל בתירוצו כלום דאימא דמתניתין לא שמעינן להתיר' אלא בסומא באחד מעניו דדמי לגמר דין בלילה אבל בסומא משני עיניו מנלן דכשר ואדרב' מדקפיד מתניתין למיתני דיני ממונות דנין ביום לתחילת דין ביום כ"ש סומא משתי עיניו! והיא קושית התוס' בסגנון אחר דהתוס' מקשו דילמא טעמא דמתניתין משום קרא דכתיב ושפטו את העם בכל עת אבל לענין סומא מקשינן ריבים לנגעים ע"כ

ונ"ל שיסוד קושייתם בנוי על הגירסא דגרסי סומא מב' עיניו ועל הדרך שכתבתי דאו לגירס' דגרסי סומא בא' מעיניו לא קשיא מידי דכיון דמושפטו את העם דרשינן דגומרי' בלילה כ"ש דסומא בא' מעיניו כשר כדכתב הרי"ף ז"ל או לפחות שוין הם וכן מוכיחין דברי הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות כמו שאבאר ומתוך קושיא זו שהק' התוס' דן רבינו ירוחם ז"ל בספר המישרים נ"א ח"א שדעת התוס' כדעת הפוסקים ז"ל המכשירים סומא משתי עיניו ובספר בני שמואל סימן ו' כתב דנתכוון על דברי התוס' שבפרק בא סי' ואם כי הם דברי המרדכי בפ' אד"מ

לע"ד דברי התוס' ז"ל שבפרק בא סימן אינם מכריעות שסברתם דסומא בשתי עיניו דכשר לדון אלא לתי' השני שכתבו דמתני' לא מתוקמא כרבנן דהא קתני כל הכשר לדון כשר להעיד והרי סומא בשתי עיניו לרבנן דכשר לדון כו' אבל לתירוץ הא' שכתבו דלא פסיקא ליה אוהב ושונא שהרי לכל העולם כשרים אפשר דלרבנן סומא בשתי עיניו פסול ואפ"ה לא מוקי לה כרבנן ולאתויי אוהב ושונא משום דלא פסיקא ליה שהרי לכל העולם כשרים וכן תמצא לבעל העיטור באות כ' בדיני בירורין סובר דסומא בא' מעיניו כשר ומשתי עיניו פסול ונתן טעם למה שלא אמ'ר"י לאתויי אוהב ושונ'משו' דכיון דכשר לעלמ' לא פסיק' לן וכיון דלתירוץ ראשון איפשר דהתוס' סוברים דסומא משתי עיניו פסול מאן לימא לן שהתוספ' ז"ל תפסו תירוץ שני עיקר להכשיר סומא אפי' משתי עיניו ולא תפסו תירוץ ראשון עיקר ולפסול סומא משתי עיניו ומסורת היא בידינו מגדולי עולם כוחי כפש דבדברי התוס' תירוץ ראשון עיקר כמ"ש הרב מוהר"י קולון ז"ל שרש ע"ב ומשפטי שמואל סי' ק"פ ומוהר"י הלוי ז"ל סי' א' וד' וי"ג וי"ח ולכן הנכון דעל דברי התוס' ז"ל שבפרק אחד דיני ממונות נתכוון רבינו ירוחם ז"ל כמו שכתבתי

וראיתי לאחי ורעי החכם השלם נרו' כתב בשם בעל ב"ח דמדברי המרדכי נראה שפוסק להכשיר סומא משתי עיניו וכעת הספר הנז' אינו מצוי בידי לראות הדברי' במקומם ואם הביא שום הכרח לדבריו ואני שמעתי ולא אבין דאדרבה מדברי המרדכי מוכח שהוא פוסק לפסול וז"ל המרדכי וסומא בא' מעיניו דהוה בשכבותיה דר"י והוה דסין בתוס' פרי' בא סי' כתבו דהיה סומא בשתי עיניו אבל בתימוני פ"ב כתב סומא בשתי עיניו פסול לכל ע"כ עיני כל חכם המה יביטו שדעת המרדכי לפסול מדהבי' דעת האומר באחרונה ובלשון אבל ואפי' תימא תפוס לשון ראשון מ"מ

דעת המרדכי לפסול דאי תפוס לשון ראשון הנה המרדכי פתח דבריו כתב וסומא בא' מעיניו כלשון הרי"ף והרמב"ם ז"ל ואי תפוס לשון אחרון הרי הביא באחרונה דעת הפוסל ובודאי דהכי ס"ל וגם ראיתי לאחי ורא"ש כר"ו כתב וסמ"ג בעשין כ"ו כך היא מסקנתו ע"כ ואיני יודע אם דברים אלו הם סוף דברי הב"ח או הם דברי החכם השלם אחי ורא"ש כר"ו ויהיו ממי שיהיו יש לבעל דין לחלוק עליהם דהיכן ראו בדברי הסמ"ג דס"ל כפוסקים המכשירים סומא בשתי עיניו לדון אדרבה דברי הסמ"ג ברור מללו שדעתו כדעת הפוסלים אי משום דסתמיות דברי הסמ"ג הם נגררים אחר דברי הרמב"ם ז"ל זולת במקומות שחולק עליו בפירוש אי משום שלשון הסמ"ג כך הוא ור"י הכשיר סומא לדון ע"י כך ממשנתינו ששנינו שם ד"מ דנין ביום וגומרים בלילה ומעמידה כרבנן שחולקין על ר"מ שעושה הדרשה דמקיש ריבים לנגעים ופוסל סומא לדון ע"כ וביאור דברים אלו שר"י הכשיר סומא בא' מעיניו לדון ע"י משנתנו דמעמידה כרבנן דפליג על ר"מ שפוסל סומא אפי' בא' מעיניו מכח ההקש ואי משום שכתב הסמ"ג ומעמידה כרבנן שחולקין על ר"מ שעושה הדרשה דמקיש ריבים לנגעים כו' דרבנן דלא מקשו ריבים לנגעים מכשרי אפי' בסומא משתי עיניו זה אינו שהרי כל המפרשים שפוסלים סומא משתי עיניו כרבנן ודאי דס"ל דלא מקשו ריבים לנגעים ואפ"ה סומא משתי עיניו פסול מהטעם שכתבתי ואי משום שהסמ"ג לא ביאר דדוקא בא' מעיניו מכשיר נראה דס"ל דכל סומא אפי' בשתי עיניו אין זה כדאי להכריח מדבריו דס"ל דסומא בשתי עיניו כשר רק להסתפק בדבריו ועוד מאחר שאינו חולק על הרמב"ם ז"ל בפירוש משמע אוחז בשיטתי הרמב"ם ז"ל

ומעתה מה שרצה החכם השלם אחי נר"ו להכריח שדעת ההגהות להכשיר סומא בשתי עיניו ליתא שהכרח שלו אינו אלא כשדעת הסמ"ג להכשיר אבל אם דעת הסמ"ג לפסול וכשל עוור ונפל עזור ורואה אני שאיפשר להבין מתוך דברי הסמ"ג וההגהות בסומא משתי עיניו אמנם ראיתי לסמ"ג כתב בעשין רל"ד כל הנגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו ר"מ אומר אף לא נגעי קרוביו ע"כ ומדהביא' דברי ר"מ משמע דס"ל דהלכתא כותיה כדמייתינן בזבחים פרק טבול יום ובמדרש רבה מרים מי הסגירה א"ת אהרן אהרן קרוב הוא ואין קרוב רואה את הנגעים וכיון דהלכה כר"מ דאין קרוב רואה את הנגעים ודאי דהוי מהיקישא וכיון דאית ליה היקישא ודאי ס"ל דסומא בשתי עיניו פסול כר"מ וכמו שהבינו ההגהות בדעת הרמב"ם ז"ל ואם פסק מ"ה כרבנן היינו לסומא בא' מעיניו וכ"ש

וגם ראיתי להחכם השלם אחי ורא"ש כר"ו שירף לרש"י ז"ל בכלל כת המכשירים מההכרחיות שכתב הוא כר"ו ואין דעתי כן אלא שדעת רש"י ז"ל לפסול סומא בשתי עיניו כמו שאבאר דאי משום שרש"י ז"ל כתב סומא בשתם אין זה הכרח דדברי רש"י ז"ל חוזרים על דברי הגמ' ואי בגמ' גרסינן ההוא סמיא בשתים ודאי דסומא שתים שכתב רש"י ז"ל מיירי בסומא משתי עיניו ואי בגמ' גרסינן סומא בא' מעיניו כגירסת הרי"ף ז"ל וסיעתו ודאי דסומא דכתב רש"י ז"ל בשתים קאי אסומא שהוזכר בגמ' שהוא סומא בא' מעיניו ומעתה מ"ש שרש"י ז"ל שינה את טעמו ממסכת סנהדרין למס' נדה איני רואה שום שינוי ודברים אחרים הם דמה שפירש בסנהדרין סתמא אחרינא אשכח דמכשיר סומין כונתו הוא לומר דכיון דסתמא אחרינא אשכח דמכשיר סומין ומנ"ל דמכשיר סומין מדמכשיר גמר דין בלילה דומיא דסומין ודאי דלא מקיש ריבים לנגעים והן הם הדברים שכתב בפרק בא סימן וגומרין בלילה אלמא לא מקשינן ריבים לנגעי' וכי היכי דלענין לילה אינו מקיש לענין סומא נמי לא מקיש גם הטעם שנתן בפרק בא סי' דלא מקיש ריבים לנגעים הוא הטעם שנתן בסנהדרין וכתב סתמא אחרינ' אשכח דמכשיר סומין מדמכשיר בלילה דומיא דסומא והיא הוראה דלא מקיש ריבים לנגעים אלא דבסנהדרין ביאר דבריו יותר אבל הם דברים אחרים למתבונן בהם היטב גם מה שכתב החכם השלם אחי ורא"ש כר"ו וז"ל ובהכי ניחא נמי שהתוס' בפרק בא סימן כתבו טעם דלא מקשינן ריבים לנגעים ובסנהדרין הקשו על טעם זה זאת הקושיא והניחוה בצ"ע ע"כ לא ירדתי לסוף דעתו דאם ר"ל שבפרק בא סימן כתבו התוס' ז"ל טעם למה לא מקשינן ריבים לנגעים לא ראיתי בדברי התוס' ז"ל טעם זה ואם ר"ל דבפרק בא סימן כתבו לרבנן הטעם דלא מקשינן ריבים לנגעים ובסנהדרין הקשו עליו מה בכך אעפ"י שבסנהדרין הקשו עליו סוף סוף הא תלמודא משיק דלא מקשינן ולזה כתבו בפרק בא סימן דלרבנן הטעם דלא מקשינן ריבי' לנגעים גם מה שמשתייע מדברי הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות אין כאן הכרח ואדרבה יש סתירה לדבריו כמו שאבאר

והוי יודע דלאו דוקא דמדברי רש"י ז"ל אין הכרח דמכשר סומין משתי עיניהם אלא אדרבה דבריו מוכרחין דפוסל שהרי הוא כת' סתמא אחרינ' אשכח דמכשר סומין מדגומרין בלילה דומיא דסומא ע"כ וברור הוא שדעת הרב ז"ל לומר מהי משמע דהך סתמא מכשיר סומין מדמכשיר גמר דין בלילה דומיא דסומא ואי רש"י ז"ל מכשיר סומא משתי עיניו יש תימא היכי מוכחינן מהך מתני' דמכשיר סומא משתי עיניו דילמא לא מכשר אלא בא' מעיניו דהוי דומיא דלילה אבל סומא בשתי עיניו פסול והיא הקושיא שהקשיתי למעלה למכשירי' סומא בשתי עיניו והקשוה התוס' בסגנון אחר גם דברי הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות מוכיחין בביאור דס"ל שדעת רש"י ז"ל לפסול בסומא משתי עיניו חוא שכירף דעת רש"י ז"ל לדעת הרי"ף ז"ל ועוד כתב שהוכרך רש"י ז"ל לכתוב דגומרין בלילה דומיא דסומין לתרץ קושית התוס' ז"ל דכימא דטעמא דמתני' היינו משום דכתיב ושפטו את העם בכל עת אבל לענין סומא מקשינן ריבים לנגעים ואי רש"י ז"ל מכשר בסומא משתי עיניו עוד היום לא תירץ כלום דכימא דאה"נ דבלילה דומיא דסומא בא' מעיניו אבל סומא משתי עיניו פסול אבל אם נאמר שרש"י ז"ל לא מכשר אלא בסומא בא' מעיניו ניחא דמוכרח לומר דלא מקשינן ריבים לנגעים לענין סומא בא' מעיניו דהא מכשר גמר דין בלילה דהיינו דומיא דסומא על הדרך שכתב הרי"ף ז"ל וכמ"ש למעלה

ואם ראה ראינו להרב בעל העיטור שכתב ור"ש פירש סתמא אחרינא אשכח דס"ל סומא בשתי עיניו כשר לא על רש"י ז"ל נתכון אלא על רמב"ם ז"ל שכתבו הגהות אשירי פרק אחד דיני ממונות גם לרור הכסף אינו נפלא בידי כעת ואיפשר שיכתוב ר"ש וכונתו על רמב"ם ז"ל ואפי' אם יכתוב רש"י בפירוש איפש' דהסופר ראה ר"ש וחשב שהוא רש"י וכת' רש"י בפירוש ומה גם שדברי בעל לרור הכסף כפי מה שהליעם החכם השלם אחי ורא"ש זלה"ה הם מתמיהים שכתב ורש"י ז"ל הכשיר בסומא משתי עיניו מדקתני ד"מ דנין ביום וגומרין בלילה דהיינו סומין מב' עיניהם ע"כ ואתמהא אדרבא איפכא ה"ל למילף מיניה מדקתני דנין ביום וגומרין בלילה דדוקא בסומא בא' מעיניו כשר דדמי ללילה אבל בסומא משתי עיניו פסול שוב ראיתי להחכם השלם אחי ורא"ש נר"ו כתב בשם חדושי הר"ן ז"ל מכ"י השוה דעת רש"י ז"ל לדעת הרי"ף ז"ל ויעלות לבי

מעתה

משתה אני חוזר למה שהקשו התו' בסנהדרין דניחא דטעמא דמתני' הוא משום דכתיב ושפטו את העם בכל עת אבל לענין סומא מקשינן ריבים לנגעים וביארנו למעלה שקושיא זו נופלת לתאן דמכשר סומא בשתי עיניו ואיפשר לומר דכיון [illegible] כל ריב וכל נגע ור"ל בפרק דם שחיטה דאין הקש למחצה ואלתי היכא דגלי קרא כגון ההיא דפרק הכונס דקאמר להנחה הקשתי ולא לדבר אחר וא"כ כאן כשהקישא דכל ריב וכל נגע אי הוה היקישא כר"מ מנלן דלענין סומין נקים ההקש ולגמר דין כלילה לא נקים ההקש הא אין הקש למחצה ואי משום דגלי קרא דושפטו את העם בכל עת מאן סליק לעילא ואתא ואמר דהאי ושפטו את העם בכל עת אתא לגמר דין כלילה ולא להכשיר תחלת דין ביום התשובן כדרבא וכימוקי תלמודא הך קרא להך דרבא לר"מ דאית ליה היקישא אי נמי איפשר לומר דאי איתא להיקישא לשתוק מביום הנחילו את בנין ומהיקישא הוה ילפינן לתחלת דין ומושפטו את העם בכל עת הוה ילפינן לילה לגמר דין אלא שאין זה מהוור דהא ביום הנחילו אצטריך לנ' שנכנסו לבקר את החולה בלילה שאין עושין דין אפי' ביום כדרב חסדא ופסקוה כל הפוסקים ומכאן תשוב' למה שהקשה הרב כלח"מ בפ"ג דסנהדרין דלשתוק קרא מביום הנחילו את בניו והוצרך לתרץ תירוץ אחר ולפי האמו' ביום הנחילו את בניו אצטריך לכדרב חסדא א"כ לא הוה מצי שתיק מביום הנחילו את בניו דה"א קרא דושפטו את העם גלי דלא עבדינן הקש דריבים לנגעים אפי' לתחלת דין דכתב הרב כלח"מ וזו היא שקשה בדברי הרב בכ"מ שכתב דכתר דמשקינן דביו' הנחילו את בניו אצטריך לכדר"ח בשלה לא רוצין דרבא וא"כ אצ"ב דלא קי"ל כר"מ דאצטר' למעט לילה בין לתחלת דין בין לגמר דין מוקמינן הקיש לת"ד וקרא דושפטו לגמר דין ותימה דכיון דלית לן קרא דביום הנחילו את בניו כימא דקרא דושפטו את העם בכל עת גלי דלא נעביד הקישא ואפי' לתחלת דין ואפי' בלילה מתחילין לדון ועוד קשה אי הך דרבא דריש רב חסדא בקרא דביום הנחילו את בניו אצטריך אפי' לרבנן מאי מקשינן בפ"א דכ"מ ור"מ האי ביום הנחילו את בניו מאי עביד ליה הא אצטרי' ליה לתלי דאצטריך רבנן לדרבא [illegible]

הכלל העולה שיש פוסקים שזוכרים דסומא אפי' משתי עיניו כשר לדון והם רבינו האיי גאון ז"ל ורשב"ם והתוס' ובעל כרור הכסף. לפי עדות החכם השלם אחי ורא"ש כר"ו ושוגין דעלמא דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול לו' קים לי כפוסקי' המשייעני ואין לנמגם על זה ממ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קצ"ז דלא דמי כרון דידן לנדון הרשד"ם ז"ל כמ"ש החכם השלם אלוף התורה גם שב נם ישיש כמה"ר אברהם אליגרי נר"ו שפתים ישק וזו עמי היתה ולפי שהחכם השלם הנז' קדמני בה לא אאריך בזה אמנם מה שרצה מעכ"ת לנמגם משום דהוי תרי קים לי אין אני מודה לו בזה דכבר נתפשט המנהג דאפילו בספק ספקא לא מפקינן מיד המוחזק וכמו שהעיד הרב הגדול בדורינו כמהר"ר חיים שבתי נר"ו הובאו דבריו בספר משפט צדק ח"א סי' ב' ואף כי רבים מגדולי האחרונים ומהריב"ל והרלנ"ח ז"ל מכללם הסכימו דבתלתא ספקא מפקינן מיד המוחזק מורינו הרב ז"ל כתב בתשובותיו דכל שאתה מרבה בספקות וספקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק (הג"ה וכן הסכמתי בספר כנסת הגדול' חלק ח"מ סי' כ"ה בהגה' ב"י בכללי הקים לי אות פ"א) וכ"ש בפלוגתא דרבוותא דיש מקום לומר דכולהו חד ספקא הוא וכמ"ש מהריב"ל בקלת מתשובותיו בח"ב

ולרווחא דמילתא אמינא דכב"ר אין צורך לקים לי דכולהו רבוותא כשר לדון דע"כ לא קאמרי הני רבוותא דסומא בשתי עיניו פסול לדין אלא כשלא קבלוהו עליהם אבל כשקבלוהו עליהם לכ"ע כשר לדון ודהיה קרוב ופסול לדון וגקבלוהו עליהם מהני ובן נר פסול לדון לישראל וכקבליהו עליהם יכול לדון כמ"ש בספר בני שמואל בסי' ז' איברא דיש לחלק בין קרוב וגר לסומא דהני אין פיסולייהו ניכר כנופן וסומא ניכר פסולו מגופו וכ זוניי' דמעתא היה נר' דסומא פסול לדון אפי' אם קבלוהו עליהם דפרכינן עליה דר"י והיכי עביד הכי והאמר ר"י הלכה כסתם משנה ותנן כל הכשר לדון כשר להעיד ואמר ר"י לאתויי סומא באחד מעיניו ומאי קושי' אכשר דר"י לא אמר מידי להוות סמיה מכני שהוא ידע שקבלוהו עליהם אלא ודאי כשיטא ליה לתלמודא דאפילו בקבלה פסול לדון ולהכי פריך כפשיטות והיכי עביד הכי וכ"ל דקים ליה לתלמודא דהוה סמיה הוה דן בפניה עם שנים אחרים או אפילו ביחיד והוה נקיט רבותא מר"ב ומ"ה פריך בפשיטות והיכי עביד הכי ומוכרחין אנו לומר דאפילו סומא בשתי עיניו אם קבלוהו עליהם כשר לדון דאלת"ה רב ששת ורב יוסף היכי הוו דייני דיתא כדמוכח תלמודא בכמה דוכתי והם היו אורי עינים ובשלמא למאן דמכשר אפילו סומא משתי עיניו ניחא אלא למאן דפסיל מאי איכא למימר אלא ודאי שקבלוהו עליהם מהני ורב ששת ורב יוסף קבלום עליהם ודאי ומאחר דהוכחנו דקבלה מהניא אפי' לסומא משתי עיניו אמר משתה דבכ"ד כ"ע מודו דכשר לדון לכ"ע דמאחר דנתפשט המנהג שהתובע הולך [illegible] הנתבע הרי הוא כאלו קבלו עליהם לדון בפני הסני נהור [illegible] אותם שאינם מבני קהלתו וכל שקבלוהו עליהם כשר לדון וכמו שיפה כתב החכם השלם אלוף התורה כמה"ר אברהם אליגרי נר"ו

כלל העולה שהחכם השלם המרביץ תורה היושב על המשפט ותכהנה עינין מראות כי את אשר יאהב ה' יוכיח וסביביו נשערה מאד כשר לדון ובוכין לתובעים להתדיין בפניו אליבא דכולהו רבוותא כאשר יפה פסק החכם השלם סיני ועוקר הרים אחי ורא"ש נר"ו ועל' החזיקו החכם השלם סיני ועוקר הרים מר קשישא כמה"ר אברהם אליגרי נר"ו והחכם השלם בכן של קדושים ברוך מבניס כמה"ר ברוך בן חיים נר"ו הגלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ו

החכם השלם אחי ורא"ש נר"ו כתב על זה כאורך ושייס כלשון הזה

ויען הכת המתאונת אריד בשיחונוקולי לבני אדם מה אדבר אצעק חמס מעלבונה של תורה ותושיה נדחה בשתי ידים סחוב והשלך לחוב בדמו של זקן שקנה חכמה רב ושלום אשר זה כמה כאור תורתו שם אוהל בהם שואב וזורח ולהלבין פניו כי אורו עיניו לאמר לו לעת זקנתו ז"ל דון והנפק לגרמך ואל תבא במשפט לדון בין איש ובין רעהו היש תעלה ותרופה או אם יכופר העון הזה אף כלב עולות וכאלפי אלים בנשתם אל המזבח מי שמע כזאת מי ראה כאלה מעולם נשכי מראש חכמי הדורות ודייני גולה די בכל דר ודר כמה מהם קמו עיניהם משיבם הנהלא כזה המעשה רע ומר להמיר את כבודם ולפרוק עול דינו מעל צוארם חלילה הלא רב ששת ורב יוסף מאורי עינים היו ואפי' שדורם דור דעה ותרבה הדעת בכל המקומות ההם מפני זה נדחו ממחיצתם אלא בעמידם יעמודו יושבי על מדין כפקחין לכל דבר כאשר אמרו כראשון מסנהדרין מר זוטרא דן דינא וטעה אתא לקמיה דרב יוסף א"ל אם לא קבלוך עליהם זיל שלים וכן בכתובות אתא לקמיה דרב ששת ואוקמיה בנכסי ועניינים רבים המורים לצדקה שבאו לפניהם לדון כי שררותם ודיינותם איננה תלויה אחרי עיניהם כי אפילת הנה ואף שגפרש בכל המקומות הללו כאשר פשר להם המאירי שקבלום

שקבלו עליהם לדון אפילו את יחיד לגבי את עם נותן בעפ"ה' העיון פניהם שלא לקבל עליהם את דינו מאחר שאין איסור בדבר מה שלא נעשה כמוהו בדורות הראשונים חלפו למו וכעינינו ראינו קרוב לזמנינו זה בדור שלפנינו כמ"וכ חכמי' בעיניהם לקו באשבע אלהים ולא למראה עיניה' ישפוטו הם וגם כי אור חשך כאהלם בל אזו שמש על תמרתם יעמודו ולהם המשפט ואיש לא עמד מפניהם להטות אשורם מני דרך בית דינם הלוך באמת ובמשפט ובצדקה והנה בשתים עדי כי מרתגה תיכר כי נכמרו רחמי על הכת המסרבין שלא יכון ח"ו כנחלתו דברתי עד הנה וחושבני להם מחטאת שתי בה' אלהים מחשי הפה שאשר הוא הפה שהתיר הם אמרו והם אזרו ובהתודע להם כי לא טובה השמועה היעולה הזאת ישובו יושבי בצלו להתענג מזיו כבודו כאשר בתחלה ויזכו להקביל פניו הגדולים שאינם רואים, ובשכר זאת האל הרואה ואינו נראה יראה בשמחתם להריק להם ברכה ורוב שלום עד בלי ירח כה המעתיר הצעיר יהושע רפאל בנבנשת

סימן ז׳

ז' חתמתי על פסק החכם השלם כמה"ר יצחק אלפאנדארי נר"ו איזמיר התכ"ג

בי אעבור בש"א ביום שפתי לדיק החכם השלם הפוסק נר"ו ואהיה משתעשע בתשובתו הרמתה כן בקים הזיתיו חרש מכל יפה ענף נושא משך הזרע שעיקרא לדינא דיינא ונחית לעומקא דדינא ולהיות שהחכם השלם העמיק הרחיב ויהי כמשיב תשובה נכחת בשובה ונכחת את כל ונכחת והיא כפורחת לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא מכורף לזה כי טבע הנושא אינו סובל אריכות למה זה הבל איגע להרחי' פה בדבר שפתים מנה אחת אפים אכן כאדם החפץ ובוחר בקיצור אבא אחריו ותלאתי את דבריו שהחכם הלזה הנז' משאלה דפנן שומעניה מעשיו ירחקוהו מלהשתמש בתגא ונולתא דדהבא דנהגין בישראל לכל הבא ושמר להרבין תורה בקהילה יען וביען דבר ה' בזה לעשות חונף לעוות איש בריבו ולדבר תועה על איש אמונים זקן ונשוא פנים דמנו יתיה על עברתא דק"ק לשפוט צדק ומגדולי האחרונים כתבו דהממונה לקהל גדול כבודו כבכור הת"ח וכל המבזהו חייב נדוי דון מינה בנדון שלנו כל אלא חברו אל האיש הזקן זקן ויושב בישיבה לשפוט את העם וראש הקברים ואף שהמבזה הוא ת"ח ואין מנדין ת"ח אל יחסר מלהיות לו שום עונש אחר שכבר כתבו מקצת מגדולי הפוסקים שאם את"ח כוטר מים קיקלון על כבודו ועל קיקלו חמסו ירד ולאיש אשר אלה כנו' בשלה אפי' קבלוהו הקהל לראש ולקצין מעבירי' אותו דלא עדיף מר"ג שהיה חכם גדול ונשיא ישראל ובשביל שציער לר"י בדברים קראו אחריו מלא לך רד מגדולתך וכמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו כ"ש בנדון הלז שכבר הוא מסולק מן המינוי וכיון שירד לא יעלה כישנא שלא ואינו מן הראוי לקהל ועדה מישראל שיעברו על לאו דלא תטע לך אשירה הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ח׳

איזמיר התכ"ד לחכמים המעריכים אתה ה' תשמרם

שאלוני גבירי וטובי העיר הלזו יע"א שהוליאו מעריכים מכל קהל וקהל והוסכם ביניהם ללכת על פי הרוב ובין כך ובין כך קודם שהתחילו המעריכים לעריך את אחד מן המעריכים ורוצים שאר המעריכים ליפטר משרותם באמרם דכיון דמת א' מן החבורה נתפרדה החבילה ואינם מחוייבים להיות מעריכים כתקנת העיר שכל מי שיוציאוהו למעריך מחוייב לשרת והק"ק טוענים שעדיין באיונם הם עומדים הדין עם מי

תשובה הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ב כתב על ראובן ושמעון שבררו להם עשרה דיינים לראות בדינם הן בדין הן בפשרה ונשבעו שניהם לקיים עליהם כל שיגזרו אותם העשרה ואם לא יסכימו לדעת אחד שילכו אחר הרוב ובין כך ובין כך נסתלק אחד מהם ולא רצה להיות דיין עמהם באותה ברירה שכיון שנסתלק א' מהם נתפרדה החבילה כו' וה"ה מת א' מהם כדכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ו' סי' י"א נראה מכאן שכל שנסתלק א' מהם או מת נתפרדה החבילה ואינם מחוייבים עוד לשרת כדברי המעריכים וכד מעיינינן שפיר ליתא דלא כתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל דנתפרדה החבילה אלא לומר שאין במעשה הנותרים כלום אם ירצו לגזור בלתי אחר עמהם אבל אם הקהל מסכימים לשום אחר במקומו לא נתפרדה החבילה וחייבין הנשארים לנהוג מינויים ואינם יכולים ליפטר עצמם וכן מצאתי לב"ח בסי' הנז' בתירוץ אחרון כתב דלא כתב הרשב"א ז"ל יוסיפו הדיינין מפני שלא היו מוסכמים השני לדדין אבל אם יוסכמו שני הבעלי דין ישימו אחר במקומו ויהיה מעשיהם קיים עכ"ל והכא בנדון שלנו כיון שכל העיר מסכמת למנות אחר במקום המת אין המעריכים יכולים ליפטר משרותם ובפירוש כתב הרא"ש ז"ל בתשובה הנז' וכן הדין במת אחד מהם נתפרד' החבילה ואין לנשארים כח לעשות בלתי אם שמו הקהל אחר במקומו ולמטה מזה ג"כ כתב ואפ"ה אם מת א' מהם בטלה כל החבורה עד שימנו אחר במקומו וכן פסק מהר"י אדרבי ז"ל בתשובותיו סימן כ"ל ונ"ט ונ' וקכ"ז ורכ"ד ומה שבסימן כ"א פסק שאע"פ שימנו אחר במקומו נתפרדה החבילה התם שאני שבררו הכרעת חכם א' ואיכא טעמא רבה למימר הכרעתו של זה ביררנו ולא הכרעת חכם אחר אבל כשלא קבלו מכריע בפירוש אלא שקבלו מנין אנשים לדון כל שנסתלק או מת א' מהם נהי דאין במעשה הנשארים כלום מ"מ אם ממנין אחר במקומו מחוייבין לעמוד בתקנת הקהל

וליכא למימר דהרא"ש ז"ל לא קאמר דאם ממנין אחר במקומו מהני אלא לגבי כל הקהל שאם הנשארים מפוייסי' לעמוד בשירותם ומנו הקהל אח' במקום המת חייבים כל הקהל לקיים הסכמת' אבל אם הנשארי' אינם רוצים לנהוג שרות' אף אם הקהל ירצו למנות אחר תחתיו אין כח ביד הקהל לכוף לנשארים לעמוד בשרותם חדא דהיה לו לפרש ולא סתם וכתב דבמינוי אחר מהני ומשמע אפילו לכוף לנשארים ועוד אם נתפרדה החבילה והנשארים יכולים לפטו' עצמ' משרות' אף אם ימנו אחר במקו' המת מן פלג ליה לומ' דהקהל מחוייבי' לקבל הסכמת' בע"כ אם ימנו אח' במקומו הרי יכולין לומ' כיון שנתפרדה החביל' לגבי הנשארי' גם לדידן נתפרד' החביל' ופני' חדשות באו לכאן דמ"ש לא ודאי דבמינוי אחר במקום המת חזר הדבר לאיתנו הראשון ולא הנשארים ולא הנדונין יכולים לחזור בהם

מעתה מ"ש בספר משא מלך חלק ה' שער א' משפט ג' ונראה שהנשארים ג"כ בטלים כדין שותפין שמת אחד מהם שמתבטל השותפות אינו סותר לזה דהתם מיירי בשלא מינו הקהל אחר במקומו וקמ"ל דאף לגבי דידהו בטלה הברירה כדין שותפין שמת א' מהם שנתפרדה החבילה גם מ"ש הרב מהר"ר עזריא יהושע ז"ל בתשו' כ"י הבאתי דבריו בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן י"ג בהגהת ב"י אות ד' אינו סותר לזה דהתם מיירי בשהמסתלק חוזר להיות נמנה ועל זה כתב שכיון שנסתלק בטלה ההסכמה ואח"כ אינו יכול

המסתלק

המתלק לחזור ולהתמנות מעצמו אבל אם הקהל בירנו אחר במקום המת לא בטלה הברירה

עוד אני אומר דבנ"ד אין צורך לשום הקהל אחר במקומו דכבר כתבו הריב"ש ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י י"ד סימן רב"ח והרשד"ם חלק י"ד סימן ע"ח ומהר"י אדרבי ז"ל בסי' נ"א דאם מנהג הקהל דאפי' הלך א' מהם או מת ללכת אחר הרוב הולכין אחריו והכא בנ"ד מעידין כל הקהל דהפרנסים ונזברים ותמובים המנהג שאם הלך אחד מהם או מת אין ממנין אחר תחתיו אלא ברירת הנשארים קיימת וכיון דהמנהג כך נשאר המנויים ה"ה נ"כ שמעריכים שא אלא אירע מעשה ולא יהא שא ספק אם יש חרם בהסכמת הקהל ספק חרם להחמיר וחייבים המעריכים לשרת בשרותם הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה:

סימן ט' אנגורה התכ"ו להחכם השלם הרב כמה"ר יאונתן גאלאנטי נר"ו

שאלה ראובן ושמעון תושבי עיר אחת בעסק פ'אטוריאה מכל מי ששולח להם ועשו פ'אטוריאה ללוי ובא לוי ותבע מראובן בעש"נ שילך לקושט' לגבו' ממנו כל מה שהזיקו לו בפ'אטוריאה ולא רצה לוי לתבו' משמעון ולא להוליכו לקושט' ועכ"ז הלכו עמו ראובן ושמעון ללכת לקושט' בדרך יום או יומים ורצונו של ראובן היה שלא ללכת לקושט' ונתפשר עם לוי בדרך ושמעון אמר שלך עמו לקושט' ונדבר עמו משפטי' ואם ישר נוכח עמו ומחה בפשרה הנז' ונפלו הפרשות בין ראובן ושמעון מי ישלם הזק הפשרה הנז' ונתפשרו בזה האופן ששלישי הנזק ישלם שמעון ושני שלישים ישלם ראובן ופרעון שמעון יהיה בזה האופן. ראובן ישלם הכל ללוי עכשיו מיד ויהיו שניהם שותפים בפ'אטוריאה עוד ה' שנים מיום הפשרה ואילך ומתחלק המגיע לשמעון מהפ'אטוריאה יקח החצי לצורך פרנסתו והחצי השני יניח ביד ראובן לחשבון החוב הנז' ונתרצו ויאותו בשטר שאין פרעון החוב הנז' אלא באופן הנז' ובהמשך הזמן עשו פ'אטוריאה ולקח מהם דראובן מחלק שמעון סך מה לפרעון הנז' ויהי היום נפלה ירושה לשמעון והיא ביד ראובן וראובן רוצה לעכב הירושה לפרעון חובו הנז' ושמעון טוען שכבר נתפשר היאך יהיה פרעון החוב הנז' ולא באופן אחר ומה לו לעכב ירושתו עתה יורנו מורינו המורה לצדקה ושכרו כפול מן השמים יהיה כפלים אכי"ר

תשובה באתר דאית גבר תמן כהרב המרביץ תורה ה"י מן הראוי היה למשוך את ידי שלא להשיב מפני הכבוד אך אמנם להיות כתברר אצלי שרצון הרב הנז' להשיב לשואל לעשות רצונו חפצתי ואומר אם אין לראובן שטר מודעא עשויה כהוגן וכתיקון חז"ל על הפשרה שעשה עם שמעון שהיה אנוס ושהכירו העדים באונסו איני מוצא לו מקום לסמוך לעכב ירושת שמעון אחר שנתפשר שיגבה חובו מחלקי הפ'אטוריאש שיעשה בתוך ה' שנים דאם סמוכות. שלו הוא מפני דפשרה צריכה קנין לרובא דרבוותא ולכ"ע בשנים אין זה כלום דה"מ. כשלא קיים הפשרה אבל בשקיימה אינו יכול לחזור בו וכמ"ש מהריב"ל ז"ל ח"א כלל י"ז סי' כ"ו והרשד"ם חלק ח"מ סי' י"ג ומהרש"ך ז"ל ח"ג סי' מ"ר ואפי' תימא דלא שתבו הרבנים הנז' אלא דוקא שפרע לו כל הממון אבל כל שפרע מקצת יכול לחזור בו על המקצת האחר כל שלא קנו מידו גם זה אינו מספיק שהרי כתב הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ב מחודשין ז' ששאל על ראובן שיש לו בית ועליה לשמעון ופשרו ביניהם פשרנים שיעשה ראובן בנין כך וכך בעליה ושמעון יעשה בנין כך בבית והתחיל שמעון בבנין ועשה מקצת וכן ראובן עשה מקצת בנין ועכשיו טוען ראובן אי איפשי בפשרה כיון שאין בה קנין והשיב הרב ז"ל כיון שקבלו עליהם והלך זה והחזיק והלך זה והחזי' אין אחר חזקה כלום ע"כ הרי שאע"פי שלא עשו לו כל הבנין אלא שעשה קצת בנין שוב אינו יכול לחזור בו הכא נמי כיון שהתחיל להתפרע מן הפ'אטוריאש שוב אינו יכול לחזור בו וכ"ת תינח להר' בעל הלבוש ז"ל שמפרש דהלך זה והחזי' והלך זה והחזיק לאו דוקא אלא כל שהחזיק אחד מהם סגי אבל לסמ"ע שכתב דהוי דוקא וצריך שיחזיקו שניהם מאי איכא למימר י"ל דהתם דנו הדיינים שזה יבנה וזה יבנה ולכן כדי שתתקיים גזירתם צריך שזה יחזיק וזה יחזיק אבל כאן לא שייך זה אלא שיתפרע מהפ'אטוריאש וכל שהתחיל להתפרע מהפ'אטוריאש ככר נתקיימה גזרת הדיינין ולאומר שיאמר דכל זה אינו ענין לנדון שלנו דהתם כיון דהחזי' בקרקע הרי החזקה משוי ליה קרקע. שלו אבל כאן מה שלא נתן אחן מרמי ליה מידיה כלך לדרך זה שהרי כתוב בשאלה נתרצו ויאותו בשטר שאין פרעון החוב הנז' אלא באופן הנז' וכל שקבלו גזרתם בשטר נעשים אפי' בלא קנין אינו יכול לחזור בו כמ"ש הריטב"א ז"ל בתשו' הביאה הרב ב"י בסי' הנז' מחודשין י' ז"ל תשובה זהנ"ל דכר כשו ט שאם השטר שקיים הנתבע הוא עשוי כראוי הן בלשון הודאה הן בלשון חיוב כההיא דראם פרק הנושא דשוב אינו יכול לחזור בו כי אין אחר החיוב כלום ועדיפא הא מקנין ומ"ש הר"ב העיטור לאו דוקא ואין זה צריך לפנים ע"כ והרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' ע"ח כתב דכל שגזרו הדיינין ונכתבה ונחתמה גזרתם וקבל הבע"ד מה שגזרו הפשרנים אין יכולין לחזור בהם והביא ראיה מתשובה זו של הריטב"א ז"ל באופן שאם הירושה של שמעון שנפלה ביד ראובן הוא בתוך החמש שנים הפשרנין שיהיו שותפין בפ'אטוריאש מיום הפשרה ל"מ אם נטלו קנין ראובן ושמעון שכל מה שגזרו הפשרנין יהיה רצוי ומקובל עליהם אלא אפי' לא נטלו קנין כל שהתחיל להתפרע מן הפ'אטוריאש וגם שקבל זה בשטר אינו יכול לחזו' מהפשר' וחייב ראובן ליתן ירושתו שנפל בידו לשמעון והחוב יתפרע מהפ'אטוריאש כמו שגזרו הפשרנים

ופל זה שכתבתי הוא בהנחה שהפ'אטוריאש יכולין להמשיך עוד בתוך החמש שנים אבל אם הפ'אטוריאש אינן יכולין להמשיך עוד כגון שכלו הפ'אטוריאש שאין מי שישלח להם פ'אטוריאש וברור הדבר שלא יהיה עוד להם פ'אטוריאש אין כח בידי להוציא הירושה מיד ראובן דלא גרע מלוה המבזבז נכסיו תוך הזמן או שירא שיבריחם שכתבו הרי"ף והרא"ש ז"ל דאם רואה הדיין שום אמתלאה בדברית או שלא יוכל לגבות חובו כשיגיע הזמן דמצווה הדיין לעכב הממון עד שיגיע זמן השטר ופסקו רוב האחרונים כותייהו וג"ר עדיפא מהיאי דהתם לא הגיע זמנו עדיין והכא כל שאין פ'אטוריאש הרי הגיע זמנו ליפרע ועוד דהתם לא תפס המלוה אלא שמלא נכסים ביד אחרים ורוצה לעכבם ביד ב"ד אבל הכא נפלו נכסי שמעון ביד ראובן ומיהו דין לבא מן הדין להיות כנדון וכי היכי דהתם אין מחליטין לו הממון אלא יהיו ביד ב"ד מעוכבין עד הזמן אף כאן יוציא המעות דראובן מידו ויהיו ביד ב"ד עד החמש שנים וה"מ כשנתחייב לפרוע שמעון לראובן ואותו סך יגבהו מן הפ'אטוריאש אבל אם לא נתחייב שמעון באותו סך אלא דוקא לפרעו מן הפ'אטוריאש כל שאין שם פ'אטוריאש אין חיוב עוד לשמעון לפרוע לראובן כלום הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סי' י' קושט' שנת הת"ח להחר"ם ן' חביב נר"ו

שאלה ראובן ושמעון נשתתפו והיו לאחדים זמן מה ואח"כ נתפרדו איש מעל אחיו ונשאר שמעון חייב לראובן סך מה חוץ מהסחורות שנמצאו בחנות בשעת החלוקה שנשארו לחשבון ראובן ושמעון אחרי הפרדו מעם ראובן נשתתף עם לוי וקבלו על עצמן הסחורו' שנשארו לראובן וכתבו שטר לראובן איך היו חייבים שמעון ולוי לר' סך כך לזמן פ' לפרוע לו סך קצוב מידי שנה בשנתו ושמעון כתב שטר אחד לראובן ממה שנשאר חייב לו הוא לבדו על כה ונכל זה המוכיח והמביא להשתתף שמעון עם לוי היה יהודה שהיה אהוב ללוי מאד ונמשכה שותפות שמעון עם לוי כמו שנה אחת ובתוך אותו הזמן פרעו לראובן מה שהיו חייבים לו בשביל הסחורות שקנו ממנו ויהי היום ויתפרדו שמעון ולוי איש מעל אחיו ונפלו ביניהם דברי ריבו' והכרחו' עד שהוצרכו לברור ביניהם דיינים ופשרנים ובירר שמעון לראובן ולוי בירר ליהודה ופשרו ביניהם הדיינין הנז' אחר עבור כמו ז' או ח' שנים נפטר יהודה לבית עולמו הצדיק וחיי לרבנן וליש"ר' שבק ואחר פטירת יהודה כמו שנים או ג' שנים העיר ה' את רוח ראובן לעקור דירתו מן העיר וילך למסעיו הוא ואשתו לגור בארץ אחרת ואחר שהעתיק ראובן דירתו מן העיר כמו שש שנים נפטר ג"כ שמעון לבית עולמו וחיי לרבנן וליש"ר' שבק ואחר פטירת שמעון כמו עשר שני' בא פרץ בן יהודה ובידו שט"ח שהיו חייבי' ראובן ושמעון ליהודה אביו ארבע מאות שקל כסף בזמן שהיו שותפין ראובן ושמעון זה כ"ה שנים והיו כתובים בשטר מאחורי הדף פרעונות שקבל יהודה מראובן ושמעון באופן שהיו חייבים עדיין כמו מאה גרוש' ותובע פרץ בן יהודה לראובן חלקו ויחרד ראובן חרדה גדולה ויאמר לפרץ בן יהודה מעולם לא היה לי משא ומתן עם אביך ואיני זכור שנשאתי ונתתי עמו כלל בשום כד וברור לי שאיני חייב ליהודה כלום והשטר הזה או מזוייף הוא או שטר אמנה או פרוע הכל וכל בודאי ונותן אמתלאות מוכיחות בודאי שאינו חייב לו כלום שהרי שמעון ולוי נשארו חייבים לראובן בעד סחורות ההנות כפלי כפלים מהסך שנשארו חייבים בשטר והיה ראובן גובה פרעונותיו משמעון ולוי מידי שנה בשנתו ואם אמת היה הדבר שהוא חייב ליהודה מדוע לא הכ"ל בעת ההיא הוכן ממה שהיו חייבים שמעון ולוי לראובן והוא היה המוכיח והמביא באותו שותפות כנז' לעיל ומה גם בהמשך שותפות שמעון ולוי כמו שנה וראובן היה נפרע משמעון ולוי מידי שנת בשנתו ועוד טוען ראובן שאיך אפשר שהוא היה אמוד בנכסים לפרוע אותו סך הכתו' בשטר כפלים וכפלי כפלים ולא תבע יהודה את חובו ממנו כו' או ח' שנים שהיה חי על האדמה ואף אם הוא לא תבע חובו איך אפשר שאחרי מות יהודה והניח יתומים קטנים ונתמנו אפוטרופוסים על נכסיו ולא תבעו לראובן החוב ההוא ומה גם שאחר עבור שנים או ג' שנים שנפטר יהודה עקר ראובן דירתו מהעיר וכרוזא קרא בחיל שזה חדשים קודם הנסיעה שראובן היה מעתיק דירתו מן העיר איך לא תבעו האפוטרו' לראובן מה שהיה חייב ליתומים והניחוהו לצאת מהעיר כל הדברים האלו מוכיחות שהשטר הזה מזוייף ואם אינו מזוייף ידעו נאמנה על פי פנקסו שראובן אינו חייב ליהודה כלום והיורש הזה לעשוק אהב יורינו מורינו ורבינו אם יש ממש בטענות ראובן שאומר בברור שאינו חייב כלום ושכרו כפול ומכופל מן השמים

תשובה מודעת זאת סוגיא ערוכה בב"ב פרק מי שמת מאן תנא דאזיל בתר אומדנא ר"ש בן מנסיא דתניא כו' ובכוליה תלמודא סוגיא אזלא דאזלינן בתר אומדנא וכבר האריך הרא"ש ז"ל בתשובה הובאה בש' הטורים סימן ס"ה וכ"ט לבטל עדת המערערים וכתב שיש לנו ללכת אחר האומדנא כמו שהלכו חכמים בתר אסינא וע"י החזיקו הרבנים הגדולים מהר"ם אלשקאר ז"ל בסי' קי"ו ומהרש"ם בחלק ח"מ סימן ש"ר ומל"ו וש"ם ומהר"יא ז"ל בסימן רמ"ב ומהר"ם גאלאנטי ז"ל בסימן כ"ז ומהר"ם יונה ז"ל סימן ה' ומהר"ם אלשקאר ז"ל בסימן הנז' הביא משם רבינו האיי גאון ז"ל והרשב"ץ ז"ל שגם הם סוברים דבד"מ אזלינן בתר אומדנא שהרש"ם ז"ל חלק הנז' סימן ס"ו השכילא מפקינן ממונא באמדנות מוכיחות והוא הפך מה שהסכים בסי' הנז' ולא תימא אפוקי ממונא שאני דבסימן של"ו וש"ם אפוקי ממונא הוא והסכים דמפקינן ממונא מטעם אמדנא ויראה דבסימן של"ו אע"ג דאפוקי ממונא הוא כיון דהנכסי' באו ביד מי שהם עכשיו בספק וקרוב לודאי שלא נתנם לו אלא להבריחם מן המלכות לפי השערת העדים מוקמינן ממונא ביד מריה קמא שהוא היורש גם בסימן ש"ם כיון שהיו שם אמדנות מוכיחות טובא שנכסים אלו גזלו מבית פ' מפקינן מפ' באמדנות מוכיחות ועוד דלא החליט המאמר לומר דמוציאין ממנו אלא שימסר ביד האומות ולכפותו עד שאר יודה ואם בכל זאת לא יודה אפשר שלא היה מודה הרב ז"ל דמוציאין ממנו ואיך שיהי' הרא"ש ז"ל וכל קיומי' עמו שזכרתי למעלה ס"ל דאזלינן בתר אומדנא

איברא שהגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש קכ"ט האריך להוכיח דאפילו בד"מ לא אזלינן בתר אומדנא אם לא כשהמעשה הוא מבורר אלא שאנו מסופקין באמדן דעת המוכר או הנותן ולפי דבריו בנדון שלנו לא אזלינן בתר אמדנא אמנם יראה שלדה תברה שהוא ז"ל הביא שם משם תשובות דשייכי שסוברים דבד"מ פסקינן כר' אחא דאזלינן בתר אומדנא ואף שהרב ז"ל דחה דבריהם וכתב שמי האי מקמי כולהו הני רבוותא שהבאתי לעיל אנו אין לנו אלא שרש כרה מר דרור ונכר משרשין שהשריבנו הרב ז"ל בכמה הקומות דבכל מקום דאיכא פלוגתא דרבוותא בד"מ יכול המוחזק לומר קים לי וככר הוחכם מרובא דרבוותא בתראי וסוגיא דעלמא הכי אזלא דאפילו אם יהיו כל חכמי ישראל בכף אחד לחייב או לפטור ושנים מהם בכף אח' נגד סבר' דרבים שיכול המוחזק לומר קים לי כהנהו תרי רבוות' כמו שהארכתי בזה בספר כנסת הגדולה בטור ח"מ סימן כ"ה בכללי הקים לי אות י"ג והכא בנדון שלנו הא איכא תשובות דשייכי והרא"ש דפסקי כר' אחא ואזלי בתר אמדנא בממונא ויכול המוחזק לומר קי"ל כותייהו מלבד רבנן בתראי שכתבתי ואף הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש הנז' כתב וז"ל ואף ע"ב דכתב המרדכי ובתשובות השייכות לספר נשים תשובה אחת אשר לא נזכר שם המשיב ומתוכה משמע דס"ל כר' אחא שמי להאי מקמי תרתי כולהו רבוותא שכתבתי לעיל ועוד דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה ע"כ הנה הוא ז"ל יחה תשובות דשייכי בכ"ד משום דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה ומינה דהיכא דאמדנא מסייעת למוחזק יכול לומר קים לי כמ"ד דבד"מ אזלינן בתר אומדנא

ויש להוכיח זה שכן דעתו ג"כ מת"ש בשרש אכלבון הזה ועל פי שאר רבותי שהאשכנז המוכי'עליה'ויודעים ומכירים אם לעקל אם לעקלקלות ואליהם ראוי לילון ע"פי אמדנא דמוכח להכיר מחשבות ערומים כו' כמ"ש המרדכי בתשובה בספר נשים כו' עכ"ל ומיהו בד"מ אזלינן בתר אומדנ' כי הא דרב אחא בגמל האוחר בין הגמלים ע"כ ולכאורה יש לתמוה שזה הפך מה שהסכים בשרש קכ"ט לדחות דברי המרדכי מהלכה ובשרש זה קבעה להלכה הלא שהרב ז"ל בשרש א' הולך. על פי מ"ש בשרש קכ"ט דהיכא

דאיכא

דאיכא פלוגתא דרבוותא המע״ה ועכ״פ זה בהרס ח׳ נסתייע לדינו מתשובות יעקיבי דבנדון ההוא הרב מהר״א ז״ל נטה למי שהמרה את פיו ורבני אולמא כתבו כי ההרחות לא יהולו והרי הם בכלל המגיה מי שאינו חייב נדוי ובונת׳לומר דה״נ הנדוי כלפי מהר״ר אהרן ז״ל הדר נמצא שאין כאן מוחזק שכל א׳ היה אומר שדה כדין על זה כתב הרב ז״ל שאמנה מוכיח להאמין את מהר״א יותר מהם ע״כ אמינת רבני שבכו ומיהו ההיא דכתב מהרי״ק ז״ל בשרש י״ד וקי״ח לא מכרעת לומר דמהר״י קולון ז״ל ס״ל דאזלינן בתר אומדנ׳ בדיני ממונות דהנהו כבר תרגם יתהון הרב מהר״ם אלשיך ז״ל בסימן מ׳ דהנהו מיירי באמינא דמוכח טובא בירורא דמילתא וניופא דשטרא דמתוכן מתברר לדיין דמזוייף הוא ע״ש ואגם מהרש ח׳ וקכ״ט איכא למשמע מינייהו דמודה מהר״י קולון ז״ל דאזלינן בתר אמדנא להחזיק וכן יש להוכיח מתוך כתבי מהר״ר ישראל סימן ר״ס ורס״א יע״ש והיינו דוקא באמדנא דמוכח דבאמינא דלא מוכח כולי האי אפי׳ הרא״ש ז״ל מודה דאין לדון על פיהם וכמ״ש בתשובה שהביא בספר הטורים סי׳ע״א.

ואם ראה תראה להרא״ש ז״ל בח״מ סימן י״ו ולהרב מהר״ר דון תם ז״ל בספר ת״י בסימן קל״ח כתבו דכיון דהכא לא בקיאינן בשיעור אמדנ׳ אינו הוא אמדנא דמוכח אינו הוא אומדנא דלא מוכח לא נוכל להוציא ממון מיד המחזיק אלא או ברומד שנזכר בתלמוד או כאומדנא דמוכח טובא דליכא למיתלי בה מילתא אחריתי גם מדברי מהריב״ל ז״ל בס״ג סימן ל״ו ובעל משפט צדק ח״ב סימן כ״ח מוכח דלא אזלינן בתר אמדנא כי דייקת שפיר תואה ברור מדבריהם שלא אמרו כן אלא להוציא אבל להחזיק ביד המוחזק אזלינן בתר אמדנא דמוכח

כללא דמילתא דכולהו רבוותא ס״ל דאזלינן בדיני ממונ׳ בתר אמינא דמוכח להחזיק ויש מהם סוברים דאזלינן בתר אמינא אפי׳ להוציא ממון ודעת הרי״ף והרא״ש והרב בעל הטורים דמהני האמדנא להוציא אף מן היתומים והר״ש הרב ז״ל בב״י ח״מ סי׳ ט״ו וכ״כ מהרש״ך ז״ל בח״א סי׳ מ״ג ומורי הרב ז״ל בח״מ סי׳ ק״יב ודברי הרמב״ם ז״ל בתקומות מתחלפין נראין סותרין עמדו עליהם קצת מהאחרונים בתשובותיה׳ואף שהרב ז״ל בספר הקצר סי׳ ט״ו פסק דאין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה מן המפורסם שהרב ז״ל דבר לא״ק זו ושעתו דנוהגין לפסוק כהרמב״ם ז״ל דאתריה דמר הוא ועם כל זה הבאים אחרי הרב ז״ל תפסוהו בזה ומסורת היא בידינו גדול כח המוחזק ב״ש שפסק הרב ז״ל בספר הקצר אינו מנגד לנדון שלפנינו דלא פסק הרב ז״ל דלא מהני האמינא אלא להוציא מן היתומים אבל להחזיק המוחזק כנדון שלנו מהני האמינא אפי׳ כנגד יתומים

אחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת מי גבר יחיה ולא יראה דבנדון דידן איכא אמדני טוב׳דמוכחי טובא שראובן אינו חייב כלום ליהודה כמו שטוען ראובן והישיב בכל אשר דבר היאמן כי ישוכר שמעון ולוי היו כורעין לראובן מירי שנת בשבתו ולא היה יהודה נפרע מהם ונפרע שכל שותפות שמעון ולוי כמאך ע״י דבר זה לא יכילנו שכל ורעיון ומה גם אחרי הפרים שמעון ולוי שחי יהודה כמו ז׳ או ח׳ שנים למה לא תבע חובו מראובן שהיה אמוד לפרוע כזה וכ״ש שאחרי מות יהודה שעמד ראובן בעיר הזאת שנים או ג״ש למה לא תבעו האפוטרופסים שע״ח מראובן ומה גם כשהקול נשמע שהיה רוצה להעתיק דירתו מהעיר למה הניחוהו לילך ולא תבעוהו באמת אמדנות כאלו חזקות ובריאות יותר מאמדנו׳הבאות בנדון הרא״ש והאמדנו׳

אילו כסברי האחרונים ז״ל וחלילה ראינו לרב הרוגנין מהר״ר אהרן ששון ז״ל בתשובותיו סי׳ פ״ב שהיה סובר האחרונים כבר נתבטל לכרות שטר מקויים מפני אמינו׳ כיחות ולא הולרך לנעות להרות רלא להביא דבת השואל כמ״ש

אף אני אשבה גם להביא ישרו של כרך בן יאודה איגו׳ שכל ח״ם ברנוה נוגה שטר זה יש בו נאמנות כמאמר שברי הנהגי בישראל דכם אין בו נאמנות כלגו לוחלוקת רב בר שלום גאון ז״ל גם הרי״ף ז״ל שהובא בטור ח״מ סימן פ״ב סעיף ו׳ דיכא שמת המלוה ויורשיו מוציאין השטר והלוה טוען דפרע י״א כיון שבשבועה זו קילא שהרי אין בו הין כה עד שישאל הלוה נוטלין היורשין בלא שבועה ורב בר שלום גאון ז״ל כתב כיון דאין המלוה כאן שיכול להשביע לשבע הלוה ונפטר ורב אלפס כתב שהיורשין נשבעין כו׳ וברור הוא דאמר דאיכא פלוגתא דרבוות׳ יכול המוחזק לומר קים לי כרב בר שלום גאון ז״ל דס״ל דנשבע הלוה ונפט׳ואע״פ שמהרש״ך ומהר״ח ז״ל ח״מ סימן ק״ט כתבו שאין המוחזק יכול לומר קים לי כרב בר שלום וכן נר׳ מכללות דברי מהר״י אירגי ז״ל בסי׳ ש״ח מדברי מהרש״ס ז״ל בחלק ח״מ סימן רל״ו נראה דיכול המוחזק לומר קי״ל כרב בר שלום גאון ז״ל וכן העליתי בתשובה אחרת ויישבתי דברי רב בר שלום גאון ז״ל כפי סוגית הגמרא שאמריכן בהם הרבנים הנז׳ ואע״פ שמהרש״ך ז״ל בסימן הנז׳ כתב דכיון דנהגו לכתוב בכל השטרות נאמנו׳ כאילו לפנינו הוי׳ שטר שאין בו נאמנות אמרינן דע״כ שלא נכתב כמי שנכתב דמי מהרש״ח ז״ל בתשו׳ סי׳ל״א חלק עליו בזה וכתב שאין לנו לעשות מעשה כן וחזר הדין דהוי פלוגתא דרבוותא ויכול המוחזק לומר קים לי

ולאו דוקא אם אין בשטר נאמנות כלל וכל אלא אפי׳ יש נאמנות שם ואין בו נאמנות מכורש על הפרעון כין בכולו בין במקלתו כל שכנס שטרו אינו נוכה אלא בשבועה שיכול המוחזק לומר קים לי כי״א שכתב בעל התרומו׳בשער כ״א שהעתיק הרב ז״ל בב״י חלק ח״מ סימן ע״א דהרי״ן י״ח ובסימן כ״ד מחודשין ב׳ היכא שכתוב בשטר הנאמנות עלי שלא נתפרעתי ולא כתב בכול או במקלתו אינה מ״ד דיד בעל השטר על התחתונ׳ ובכולו ולא הרע לשטרי׳ הימניה אבל במקלתו דכנים ליה איתרע שטרא ולא הימניה ואין טעין לוה דפרעיה כוליה ונוטל המלוה שלא נפרע כי אם מקלתו משבע מלוה ושקיל ע״כ ואע״ג דכ׳ דליכא מאן דפליג וכן דעת הרא״ש ז״ל והרב בעל הטורים ז״ל מ״מ יכול המוחזק לומר קים לי וכמ״ש מהר״א ששון ז״ל בסימן הנז׳ וא״כ בנדון הנז׳ שהשטר כנוס מפרעונות שכתיב על גבו כמ״ש מהר״ס מטראני ז״ל בח״ב סימן קה״ע דהה לי כנהו המלוה בעצמו או כנמוהו העדים או נמצא כתוב הפרעון על גבו הכל נקרא שטר כנוס ע״כ וכיון שזכינו לדין זה דהמלוה יאודה אם היה חי היה חייב לישבע מפני שכנס שטרו השתא שמת יאודה המלוה אין יורשיו נשבעין שבועת היורשין ונוטלין דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואע״פי שהרי״ף והרמב״ם ובעל התרומות והרא״ש וכל פוסקי הלכות כתבו דבכונס שטרו לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבנים חזינן להריב״ש שהוא אחרון ושאר ולי הפוסקים המפורסמי׳ בהוראה כפי׳ תפ״ג הביא המחלוקת בזה וז״ל ולאו אמרי׳ אין אדם מוריש שבועה לבנים כי אם בשבועת התורה או שהיא כעין של תורה דהיינו שבועת המשנה כגון הבא ליפרע מנכסי יתומים והכונס שטרו וע״א מעידה שהיה פרועה ואף בהלה יש חולקין דלא אמרו אלא בבא ליפרע מנכסי יתומים והכנו דלא לוסיף עלה ומדבריו מוכח דרבים העומדים בסברת דאין

אדם מורים שבועה לבניו בפוגם שטרו ונטה דעתו לסברא זו שהסוברים דשבועה כזו אדם מורישה לבניו וכמ״ש מהר״א ששון ז״ל בסי׳ הנז׳

אך אמת שלכאורה נראה שסברא זו תמוהה ממה שנראה מסוגיית הגמרא פרק כל הנשבעין דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה כגון מאי כגון הא דרב פפא דאמר רב פפא הפוגם שטרו ומת יורשיו נשבעין ונוטלין ומ״ש בספר גדולי תרומה בדף כ״ו דהא דקאמר הריב״ש ז״ל כגון אינו אלא להביא דוגמא למאי דמתקרי שבועת המשנה לא לעיקר הדין דאין אדם מורים שבועה לבניו אין דעתי נוחה הימנו דמי הכריחו להביא דוגמא לזה מה שאינו בסוג דין זה מאחר שהיה יכול להביא הבא ליפרע מנכסי יתומים שהדין הוא כן שאין אדם מוריש שבועה לבניו ועוד איך סיים הריב״ש ז״ל ואמר ואף בזה יש חולקין בלשון רבים לא הי״ל לומר אלא ואף בזו יש חולקין שהוא לא הביא אלא ג׳ הבא ליפרע מנכסי יתומים ופוגם שטרו וע״א מעיד פרוע בבא ליפרע מנכסי יתומי׳ כ״ע מודו דאין אדם מוריש שבועה לבניו בפוגם שטרו כ״ע מודו דמוריש לא נשאר במחלוקת כי אם בע״א שהוא פרוע היה לו לומר ואף בזו יש חולקים והנכון מה שתירץ בזה מהר״א ששון ז״ל בסי׳ הנז׳ דהריב״ש ז״ל סובר באותם שפסקו כרב ושמואל לגמרי ולסברתם אף בפוגם שטרו ומת קי״ל כרב ושמואל דס״ל דאין אדם מוריש שבועה כזו לבניו

ומכלל האמור נתבאר דבנ״ד יכול המוחזק לומר קים לי כמ״ד בפוגם שטרו בשטר שאין בו נאמנות מפורש צין בכולו בין במקצתו חייב לישבע וכיון דחיוב לישבע ומת אין יורשיו נשבעין ונוטלין כהריב״ש ז״ל והסוברים כן ולא מיקרי תרי קים לי דהסוברים כן הם הרבים כמ״ש מהר״א ששון ז״ל ואין צורך למוחזק לנכו׳ מטעם קים לי אלא מפני שרוב הפוסקים סוברים כן והן לו יהי שיהיו מיעוט הפוסקי׳ הסוברים דשבועת פוגם שטרו ומת אין אדם מוריש שבועה לבניו וצריך המוחזק לומר תרי קים לי כבר כתבתי בספר כנסת הגדולה בכללי הקים לי דרובא דרבוותא וכמעט כולם סו׳ דאמרי׳ תרי קים לי וכן פשט המנהג ומורי הרב בהרבה מתשובותיו כתב דכל שאתה מרבה בספקות ושפקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק

ואל הדעת הזה נטה רבינו הגדול בספר הקצר חלק ח״מ סי׳ פ״ד שכ׳ שע״א מעיד על שטר שהוא פרוע ומת המלוה עד שלא נשבע אין יורשיו גובין אותו וה״ה לפוגם שטרו ומת עד שלא נשבע ע״כ ומיהו תימא דבספי׳ ק״ח סי״ד כתב זה שאמרנו בדין זה אין אדם מוריש שבועה לבניו אין דנין מזה לכל הדומה לו אלא הפוגם שטרו ומת אע״פי שאינו גובה אלא בשבועה הרי בניו נשבעין שלא פקדנו אבא בו׳ וזה הפך מ״ש בסי׳ פ״ד וכבר תפסוהו בזה משפט צדק ח״ב סי׳ ע״ג והסמ״ע בסי׳ פ״ד וק״ח והב״ח בסי׳ פ״ד ובס׳ הלבוש סי׳ פ״ד כמכוין לתרץ סתירה זו כתב דבסימן פ״ד מיירי כשעבר זמן החוב דמתחייב שבועה בלתי טענה אבל בסי׳ ק״ח מיירי תוך זמנו שאינו מחויב לישבע אא״כ טען הלוה אשתבע לי ע״כ

ולפי דבריו מצינן למי׳ דאין חולק בזה דאפוסי׳ במחלוק׳ לא מפשינן ולא כתבו כל הפוסקים דהפוגם שטרו ומת יורשיו נשבעין ונוטלין אלא במת תוך זמנו אבל במת אחר שעבר זמנו ונתחייב שבועה כנדון שלנו כ״ע מודו דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואף שהסמ״ע בסימן ק״ח הרבה להקשות על בעל הלבוש בזה גם מתוך דברי הב״ח בסי׳ פ״ד נראה דלא ס״ל הכי מ״מ מידי פלוגתא לא נפקא ויכול המוחזק לומר קים לי כהרב ז״ל בב״י וספר הלבוש דסוברים דהפוגם שטרו ומת אחר זמנו אין יורשיו נשבעין ונוטלין גם משפט צדק בספר הנז׳ כתב דמ״מ אחר דאיכא פלוגתא אין מוציאין מיד המוחזק עם שהוא ז״ל לא ירד לחלק בין מת תוך זמנו למת אחר זמנו בכולהו גווני ס״ל ז״ל דיכול המוחזק לומר קים לי ואף הסמ״ע לא סתר דברי בעל הלבוש אלא לענין הלכה אבל לענין מעשה מודה הרב ז״ל דאין מוציאין מיד המוחזק הואיל דנפיק מפומיה דהרב ז״ל בב״י ומה גם אם היה רואה תשובת הריב״ש שסובר דאף בפוגם שטרו אין אדם מוריש שבועה לבניו

ושמא תאמר מי האומר בנדון שלפנינו שראובן הוא המוחזק ולא פרץ בן יהודה שתופס שטר מקויים בידו ויש להוכיח כן ממ״ש התוס׳ ז״ל בפרק חזקת הבתים דאע״ג דמנו להוציא לא אמרינן היכא דנקיט שטרא מעליא בידיה מנו להוציא אמרינן הא קמן דהשטר מיקרי אוקומי ממונא הא ליתא מכמה טעמי חדא דאף שנודה דמאן דס״ל דהיכא דנקי׳ שטרא מעליא מנו להוציא אמרינן ס״ל דבעל השטר נקרא מוחזק הא איכא כמה מרבוותא דסברי דאע״ג דאיכא שטרא מנו להוציא מקרי ולא אמרינן מנו ומכללם הר״ן ז״ל כמו שהוכחתי מדבריו בפ׳ שבועת הדיינין בתשוב׳ אחרת ובספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן פ״ב בהגהת הטור בכללי המיגו אות ן׳ ולדידי ודאי בעל השטר אינו נק׳ מוחזק ובספר כנסת הגדולה סימן פ״ה בכללי הקים לי אות מ״ה כתבתי דאף הפוסקים שסוברים דאע״ג דמנו להוציא לא אמרינן היכא דנקיט בידיה שטרא מעליא מנו להוציא אמרינן ע״כ לאו היינו טעמא משום דבעל השטר נק׳ מוחזק דלא פליגי הכהו רבוותא אהלכה פסוקה דקי״ל הלכה כב״ה דס״ל דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי אלא דס״ל ז״ל דאף ע״ג דהוי להוציא במקום שטרי אמרינן מגו להוציא וכמו שהארכתי בזה במקום הנז׳ וכ״כ הרמב״ם ז״ל בסוף הלכות מלוה ולוה והרשב״א בתשובה הביאה הרב בב״י בח״מ סי׳ מ״ב מחודשין ה׳ והריב״ש ז״ל בתשובה סימן ש״ד והרדב״ז ז״ל ח״א סימן קפ״ב ומהר״י הלוי ז״ל סימן י״ט ואע״ג דמהר״י קולון ז״ל בשרש כ״ד פסק דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי דבריו תמוהים כמ״ש בתשו׳ אחרת ובספר כנה״ג חח״מ סי׳ ס״ו בהגהת ב״י אות א׳

ושוב מצאתי להרב ז״ל בספר בדק הבית חלק ח״מ סי׳ ס״ו ולהרשד״ם ז״ל חלק ח״מ סי׳ ל׳ ולמורי הרב ז״ל ח״א סימן ס״ה וקי״ט ושלטי הגבורים פרק המקבל והב״ח בהלכות שמטה תפסו על הגאון מהר״י קולון ז״ל בזה ודברי מהריב״ל ז״ל בכללי המגו ומהרש״ך בח״ב סימן רכ״ח תמוהי׳ עמדתי עליה׳ בספר כנה״ג חלק ח״מ סימן פ״ב בכללי המגו אות נ״ז

סוף דבר בנדון שלפנינו נ״מ אם אין נאמנות בשטר כלל ועיקר ש יכול ראובן המוחזק לומר קים לי כרב שר שלום גאון ז״ל שנשבע הלוה ונפטר ואחשוב שאף הרבנים מהר״י אדרבי ומהרש״ך ומהרא״ח ז״ל שסוברים דאין המוחז׳ יכול לומר קים לי כרב שר שלום גאון ז״ל בשטרא ריעא כזה שהוא שטר ישן ואיכא כמה אומדני דמוכחי טובא שאין ראובן חייב כלום מודים דיכול המוחזק לומר קים לי כרב שר שלום גאון ואפי׳ יש נאמנות סתם בשטר ואין מפורש בו בין בכולו בין במקצתו אין פרץ בן יהודה גובה ממנו מפני שיכול ראובן לומר קים לי כאיכא מ״ד שכתב הרב בעה״ת ז״ל שכל שאין נאמנו׳ מפורש בין בכולו בין במקצתו ופגם שטרו חייב לישבע המלוה וכיון שמת יהודה המלוה אין יורשיו נשבעין ונוטלין כדעת הריב״ש ז״ל וסיעתו דהפוגם שטרו ומת אין אדם מוריש שבועה זו לבניו וכ״ש אם מת המלוה אחר הזמן דיכול ראובן המוחזק לומר קים לי כהרב ז״ל בב״י

ובעל

ונפל הלכות שבועות דכל שמת המלוה אחר עבור זמן המלוה ונתחייב שבועה מטעם פוגם שטרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא אפי' יש בשטר זה נאמנות מפורש בין בכולו בין במקצתו יכול ראובן המוחזק לומר דנאמנות האמרנו' יש לבטל שטר כזה שהדברים מראין באמרי' דמוכחי טובא שאין ראובן חייב כלום ליהודה וכמו שכבר הארכתי וכן פסק מהר"א ששון ז"ל בסי' פ"ב בנדון כיוצא בזה יע"ש הנלע"ד
כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סי' י"א קושט' לגביר מר חמי כמה"ר דוד הכהן נרו' שנת השפ"ח

על האיש העובר על הסכמ' הברורים מאנשי קהלתו איני רואה שום איסור שלא לדבר עמו כו' כת"ש בחלק י"ד סי' ופניתי אני אל טענת א' מהברורים שטוען שמאחר שהוא לא היה במעמד אותו היום שנעשית ההסכמה ע"י הברורים האחרים שאין במעשיהם כלום נראה לע"ד שהדין עמו ולא שהדין עמו מאותה שכ' הרשב"א בתשו' הביא' הרב"י בח"מ סי' י"ג דעו רבותי כי כל מה שקבלו עליה' דעות ד' או ה' או יותר אין הולכין אחר הרוב שאין רוב אלא בב"ד ואם לא הושוו כולם לדעת א' הרי הנתבע פטור כו' דתשובה זאת בלדה תכרא שהרי סיים באותה תשובה ולא עוד אלא אפי' אמרו הקהל שילך אחר הרוב אם הם שקולים הרי הוא פטור ע"כ נראה בבירור שכשהתנו בפירוש שילכו אחר הרוב אם אינן שקולין אלא שהסכימו הרוב ברור א' אין הנתבע פטור ובנ"ד כיון דבהסכמה כתוב על פי רובם תהיה כל הנהגה וסדר ותיקון הקהל הרי בפירוש התנו שילכו על פי הרוב אמנם הדין עם המערער מאותה ששנינו בפרק זה בורר שנים מזכין או שנים מחייבין וא' אומר איני יודע יוסיפו הדיינין ובפרק היו בודקין תנן אפי' בשנים מזכין או מחייבין ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינין ע"כ והטעם בזה דיפה כח האומר איני יודע לענין ההוספה מכח האומר חייב או זכאי דאין מוסיפין מפני שהאומר איני יודע יש מקום לומר אי הוה פליג עלייהו ואומר חייב או זכאי הוה בטל במיעוטו אבל כשאומר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין ונמצא הדין בשנים ואנן תלתא בעינן ומצאתי בתוספתא יפה כח האומר זכאי או חייב מהאומר איני יודע • ונראה דהכי פירוש' יפה כח האומר זכאי או חייב לענין פיסוק הדין מכח האומר איני יודע שאין פוסקין הדין ואין נראה פירוש זה אלא עיקרן של דברים דט"ס נפל בתוס' וכך צ"ל יפה כח האומר איני יודע מכח האומר זכאי או חייב ובין הכי ובין הכי התוספ' מסכמ' לדברי משנתינו והשתא נדון ק"ו אם כשישב בדין עמהם אלא שאומר איני יודע יוסיפו הדיינין ואין מחייבין או מזכין אותו על פי השנים כ"ש כשלא ישב בדין כלל דאעפ"י שהן הרוב דאין במעשיהם כלום דנמצא הדין נעשה בשנים ואנן תלתא בעינן וכן נראה ברור מדברי רש"י ז"ל שכתב בפז"ב אעג"ב דאי הוה פליג עלייהו הוה בטל כי אמר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין ונמצא הדין בשנים ואנן תלתא בעינן ע"כ אלמא דאם לא ישבו בדין אלא שנים אעפ"י שהסכימו לדעת א' אין במעשיהם כלום וכל זה הוא למ"ד שנים שדנו אין דיניהם דין אבל למ"ד דיניהם דין עדיף טפי כשישבו שנים ולא ישב השלישי עמהם מכשישב ואמר איני יודע דכשלא ישבו אלא שנים שנים שדנו דיניהם דין. אבל ישבו ג' ואמר א' איני יודע כיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי אין במעשה השנים כלום כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין ומיהו בנ"ד כולהו מודו דאפילו לא ישב האחד כלל ועיקר דאין במעשה השלשים כלום דלא אמרינן שנים שדנו דיניהם דין למאן דס"ל הכי אלא דמעיקרא לא ירדו לדעת שלשה וכגון דאתרצו לונו לנו כמו שנקרא אין דיינין מן התורה אבל אם מעיקרא ירדו על דעת ג' וישבו השנים ודנו אע"פי שלא ישב הג' עמהם כלל ועיקר אין דיניהם דין ובנ"ד כיון דבהסכמה כתוב ובכל עת ובכל זמן אשר ימצאו פה העיר' כל הט' האנשי' הנז' לא יוכלו שום מקצתם לעשות שום מעשה כלל ועיקר כי אם בהועדם ובהמצאם כולם יחד במקום הועד כו' הרי ירדו מתחלה על דעת כל הט' ואם חסר אחד מהם אין במעשיהם כלום

ומה שכתוב בהגהת אשירי בפ"ק דסנהדרין ושלשה שישבו לדין ונסתלק האחד את עצמו קודם שידע היכן הדין נוטה אין השנים יכולין לגמור הדין כו' כיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי ע"כ אין להוכיח דאפילו למ"ד שנים שדנו דיניהם דין כשירדו מתחלה על דעת ג' ולא ישב עמהם בדין דאין השנים יכולין לגמור דין דמדנקט טעם דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי נראה שדעת ההגה"ה בזאת כמי שסובר שנים שדנו דיניהם דין ואע"פי כן כתב דכיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי אין דיניהם דין שיש לדחות שלא אמר בעל ההגה"ה הזאת דאין דיניהם דין אלא דוקא כשישבו הג' ונסתלק אחד מהם אבל אם מעיקרא לא ישב אע"פי שירדו מתחלה לדעת שלשה אין בכך כלום ומ"מ נראה פשוט בעיני דאין חילוק בין ירדו מתחלה לדעת שלשה לישבו שלשה וכשירדו מתחלה לדעת שלשה בין ישבו שלשה בין לא ישבו אלא שנים אין במעשה השנים כלום וכן נ"ל מדברי הרב המאירי ז"ל שכתב בפ"ק דסנהדרין ואפילו למ"ד שנים שדנו דיניהם דין דוקא שישבו מתחלה ע"ד שנים אבל אם ישבו מתחלה ע"ד שלשה ונסתלק האחד וגמרוהו השנים אינו דין ע"כ ואם הדבר תלוי בישיבה דוקא הי"ל לומר דוקא שישבו מתחלה שנים אבל אם ישבו שלשה ונסתלק האחד כו' מדלא קאמר הכי נראה דלישנא דישבו לאו דוקא אלא כלומר שירדו מתחלה ע"ד שנים אבל אם ירדו מתחלה על דעת שלשה אין דיניהם דין ולכאורה נ"ל להביא ראיה שכשירדו מתחלה לדעת שלשה אע"פי שלא ישבו בדין אלא שנים אין דיניהם דין מהא דאמרינן בפ"ק דסנהדרין דנפוק כמה אילימא דנפוק מקצתן דילמא הנך דקיימי נמי קיימי כותיה אלא פשיטא דנפוק כולהו ע"כ ואי אפי' שהובררו מתחלה שלשה כל שלא ישבו בדין כי אם שנים דיניהם דין היכי מוכח דנפוק כולהו דילמא דנפוק תרוייהו דאע"ג דיש לחוש דהנך דאיכא נמי קיימי כותיה הם המיעוט והולכין אחר הרוב אלא ודאי כל שהובררו מתחלה שלשה אע"פי שהאחד לא ישב בדין כלל ועיקר אין במעשה השנים כלום אלא דיש לדחות דשאני דיני נפשות דבעינן כ"ג ולא פחות דבעינן עדה שופטת ועדה מצלת

ועדיין יש מקום לבעל דין לחלוק ולומר דלא אמרינן דשנים אומרי' חייב או זכאי וא' אומר איני יודע והובררו מתחלה לכך אעפ"י שלא ישב הא' בדין אין במעשה השנים כלום אלא כשהם ג' בדיני ממונות וכ"ג בדיני נפשות דאין פחות מג' בד"מ ומכ"ג בד"נ אבל אם הובררו בדיני ממונות יותר מג' אם הרוב מחייבין או מזכין והם ג' או יותר אעפ"י שהא' אמר איני יודע או שנסתלק מן הדין ולא ישב עם חבריו בדין דיניהם דין ונלמד דבר זה ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה"ס שנים אומרים זכאי או חייב והג' אומר איני יודע יוסיפו הדיינין שנים נמצאו חמשה כשנושאים ונותנים בדבר כו' אמרו ד' חייב או זכאי ואחד אומר איני יודע או שלשה זכאי וא' חייב וא' איני יודע הולכים אחר הרוב ע"כ

הרי מבואר דבג' מחייבים או מזכין אעפ"י שהא' אומר איני

איני יודע אין כאן תוספה וה"ה אם נסתלק א' מהם או שלא ישב עמהם בדין לעולם אלא שאין מכאן סתירה לב"ד דשאני מ"ש הרמב"ם שמתחלה לא ירדו אלא לדעת ג' ואחר כך ניתוספו ונעשו ה' או יותר אבל כשירדו מתחלה אדעתא דה' או יותר אפי' הם מאה אע"פ שקבלום עליהם לדון על פי אלו הנבררים בין בדין בין בפשרה ואם לא ישכימו כולם ילכו אחר הרוב כדין התורה ונשבעו על זה אם אמר א' מהם איני יודע או שנסתלק מן הדין או שמת נתפררה החבילה ואין מעשה הנשארים כלום כיון שמתחילה לא ירדו אלא אדעתא שיהו כולם דיינין ומה שילא מהשכמתם ע"פ הרוב יעשה אבל אם לא נמצא שם א' מהם אינו חייב לקבל דין הנותרים שאין הולכין אחר הרוב אלא כשרבו המזכים על המחייבים או איפכא אבל כשהמיעוט אינו שם אפי' א' מהם לא שאלו היה שם אותו שלא היה שם שמא היה מראה טעם להפך ממה שהסכימו הרוב ויודו הרוב בכך וכך נמצא מכורש להרא"ב"ד ז"ל בתשובת שאלה הביאה שלטי הגבורים פנ"ב ובב"י ח"מ סוף סימן י"ג כתבה בשם הרשב"א ז"ל •

דף יב א למימר דהרא"ב"ד ז"ל לטעמיה אזיל דסובר דאם שנים אמרו זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע וניתוספו שנים האחרים ואמר אחד מהם איני יודע אע"פ שג' מזכין או מחייבין יוסיפו הדיינים כמו שנר' מדבריו בהשגות פרק הנז' אבל לדעת הרמב"ם שסובר שכל שהם ג' מזכין או מחייבין והם רוב אין מוסיפין עליהם אין חילוק בין הוכררו מתחלה או יותר שהרי הרשב"א ז"ל סובר כדעת הרמב"ם ז"ל כמ"ש הרב ז"ל בכ"מ פרק הנז' ואע"פכ כתב כדברי הרא"ב"ד בתשובת שאלה כמ"ש הרב ז"ל בשמו במ"ש וכדי שלא יקשה הרשב"א ז"ל מדידיה אדידיה כ"ל דס"ל דיש חילוק בין היכא שירדו מתחלה לדעת ג' לכשירדו מתחלה ליותר מג' וכן כ"ל לדברי הרב ז"ל בס' הקלר שבסי' י"ג בסוף פסק דאם מתחלה הם עשרה אם נסתלק אחד מהם נתפררה החבילה כדברי תשובת הרשב"א ז"ל ובסימן י"ח כתב שאם ד' מזכין או מחייבין וא' אומר איני יודע הולכין אחר הרוב כדעת הרמב"ם ז"ל ואף לדעת הרב בעל התפה שכתב בסימן הנז' דלדעת הרמב"ם ז"ל אין חילוק בין הוכררו מתחלה ג' להוכררו יותר מג' היינו דוקא כשישבו כולם בדין ואומר א' מהם איני יודע דכיון דהיה שם ולא ידע לומר טעם בכה"ג אזלינן בתר הרוב דכיון שהם יותר מג' המזכין או המחייבין ומסכימין לדעת א' אזלינן בתרייהו אבל כשנסתלק דאיכא למימר אלו היה כאן היה אומר טעם לדבריו והיו חבריו מודים לו יודה בעל התפה דנתפררה החביל' ומוכרח לומר זה לדעת בעל התפה שהרי למטה מזה עמ"ש הר' ז"ל ג' שישבו לדין וסילק א' מהם עצמו אין השנים יכולי' לגמור הדין ע"כ כתב וה"ה אם נכררו מתחלה יותר מג' ונסתלק א' מהם ע"כ

ולכאורה זה מן התימה שהרי הסכים למעלה דאפי' ירדו מתחלה לדעת יותר מג' כיון שג' מסכימין לדעת א' הולכין אחר הרוב וכאן כתב דאם נסתלק א' מהם אין הנשארים יכולין לגמור הדין הפך האמור אלא שיש לומר בהכרח דלמעל' איירי כשאמ' איני יודע וכאן איירי כשנסתלק אחד מהם וכן נראה ברור מדברי בעל הלבוש וכן מלאתי בס' מ"ע כמלינו לתרין מכל זה בב"ד שהסכימו תחלה שלא יוכלו לעשות שום מעשה כי אם בהועדם ובהמלאם יחד במקו' הועד בל שלא קראו לאחד מן הנברורים אע"פי שהשמונה הסכימו לדעת כולם אין במעשיהם כלום

וטענת הבירורים שמה שלא קראוהו בהיותו מעמד השבה היתה להיותו נוגע בדבר שהיו רוצים לדון את בן אחותו נראה בעיני שאין זו טענה דכיון דבנוסח ההסכמ' כתוב שע"פ ט' נבררים יתנהג הקהל ומה שילא מהשכמתם ילכו אחריהם היה להם למנות אחר במקומו של זה הקרוב דומיא דמאי דכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס'סימן י"א וז"ל ויותר מזה אני אומר אפי' אם נבררו מתחילה בענין זה שיש להם ללכת אחר הרוב אם מת א' מהם בטלה הברירה ובטל'כל החבר'עד שימנו אחר במקומו ע"כ ומינה דאם נמל' א' מהם קרוב או פסול דמתגין אחר במקומו שרוחק לחלק בין מת שלא ישוב עוד לביתו לנמלא א'מהם קרוב או פסול שלמחר ישוב לאיתנו הראשון דלגבי דין זה שאינו יכול לדונו הרי הוא כמת ועבר מן העולם ועיין מ"ש בתשובה אחרת מחלק הזה בסימן א'

וכר מן דין בב"ד כ"ע מודו דאין במעמד הברורים כלום לפי שלא קראו' דכיון דהסכימו הקהל דעל פי ט' הברורים יתנהג כל הקהל ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע הרי קבלום עליהם וכל שקבלום עליהם אפי' קרוב או פסול יכולין לדון ולהעיד כמ"ש הריב"ש ז"ל בתשובה סי' קנ"ה וז"ל חדא שבהסכמת הקהל כבר נהגו כל הקהלות שאין פוסלין לעדות ולא לדין אף לנוגעים בדבר וכמ"ש הרשב"א בתש' שאל"כ אין תקנה לענייני הקהל ולהסכמותיה' שהיו צריכים להביא עדים ממקום אחר ושלא יהיה להם קרוב בעיר ואף ע"פ שמדין הגמרא צריך סלוק כבר נהגו שלא לדקדק בזה מהטעם שכתבתי ומנהגם בזה תורה היא כו' ע"כ וב"ב רי"ו ז"ל בנל"ב ח"א בשם הרשב"א ז"ל כמ"ש הרב ז"ל בח"מ סוף סי' ל"ז איפרא שהריב"ש ז"ל בתשובה אחרת סי' ב"א כתב גם מ"ש מפני שמנוהו הקהל עליהם מעולם לא שמענו שיקבלו הקהל עליהם דיין שיוכל לדון לקרוביו והרשב"א ז"ל לא כתב אלא בענייניס הכוללים לגמרי דלא בעינן סילוק משום דלא אפשר ע"כ ויראה דאפילו לפי זה היה להם לאנפי המעמד לקרותו ולהודיעו שאינו יכול לדון לקרובו ולא שהטליאו כסנה המעמד והדבר מסופ' אבל' לפי שראיתי בס' משפטי שמואל סי' כ"נ על הסכמה כזאת הסכימו הוא והרב מהר"ר משה הגין והרב מהר"ר יעקב ז"ל דכל שקבלום עליהם יכולין לדון אפי' קרובים ומהר"ר משה חגין ז"ל כתב שמזה הטעם חכם בקהל כשר לדון לקרוביו מפני שקבלוהו עליהם ומתוך דבריהם נראה שלא ראו תשובת הריב"ש ז"ל בסי' ב"א ואפשר לי לומר דבעל משפטי שמו' והרבנים שעמו כל מבוקשם שם אינו אלא שאינם יכולים להסכים שלא ימנו קרובים כיון שכבר הורגל מכמה שנים לשום נבררים מהם קרובי' אבל יודו ז"ל דכשיבא לפניהם לדון איזה קרוב יסתלק הוא וידונו הנשארים אבל אין זה נכון דנגדון הרבנים היה שהנבררי' היו קרובים זה לזה והיו מערערים קצת על הדבר הזה ואע"פ כן הסכימה דעתם שידונו לכל הקהל אע"פ שהם קרובים ואם באת לומר דהרבני' הנז' מחלקים בין כשהדייני' קרובי' זל"ז דבהא קבלה מהני לכשהם קרובים לנדונים דבהא קבלת הקהל לא מהני כדברי הריב"ש זה אינו שעיקר ראייתם הוא ממתני' דנאמן עלי אבא נאמן עלי אביך שהוא פיסול לדיין עם הנדונין גם הרב מהר"ר משה חגין ז"ל כתב ואין לורך להריב"ש ז"ל שחכם שנתמנה על הצבור יכול לדון אפי' על הקרובי' שמ"מ כן קבלוהו עליהם א"כ הוי הדין דין ע"כ • הנה שמפלס ותגס שם אף לדון לקרוביה'ועוד יש לחלק מנדון הריב"ש לנדון שלנו דבדון הריב"ש ז"ל היה לדונו דיני ממונות אבל כאן הוא להנהג' הקהל סוף דבר לע"ר נר' שאין טענ' הברורים טענה לחייב לנידון ע"פ טענה זאת

האמנם מ"ש אחד מהברורים שחביריו הבירורים שנמנו ועשו מעמד ולא קראוהו בהותו מעמד עברו על ההסכמה איני רואה בדבריו שום טעם וריח שמה שכתוב בלשון

שאון ההסכמה כל הנז"ל קבלנו עלינו ואין קבלה זאת אלא שיכנו אונס לשמוע מה שיצא מתעמד רוב הברורים ולא יתנו בתף סוררת למאן ולסרב בשום דבר מתקנתם והנהגתם אבל אם הברורים לא קראו לאחד מהם ויצא דבר תקנה מביניהם שאין במעשיהם כלום שמענו אבל שיהא זה בכלל החרם והסכמה זו לא שמעינו

ועוד אפי' יהיה זה בכלל החרם והסכמה כיון שהיו נוהגין שחשבו שלהיותו קרוב אינו מן הדין לקרותו באותו מעמד לא עברו על ההסכמה שכבר כתב הרב בב"י סוף סימן רכ"א מחלק י"ר בשם הריב"ש ז"ל שראוי לומר שכונת הקהל בהסכמתם לא היתה להענים השוגגים הגלע"ר אחכתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן יב

שאלתי לשאלונקי להרב הגדול מהר"ר חיים שבתי נר"ו שנת ה"ת

שאלה ילמדנו מורינו ורבינו נר ישראל עיר אחת מימי קדם קימתה נתקבלו רבניה ומנהיגיה שריה ושוטריה והסכימו ותקנו תקנות בחוקות והעלו זכרונם על ספר לברר וללבן כל ספק ולפרש כל סתום ולהורות הדרך ישכון אור האמת והשלום בכל א' מהפרטים דבי החקירות והההזמן וא' מפרטי ההסכמות זה נוסחו שלעולם יהיו מחוייבים הקהלות הקדושות קהלות רומניא וספרד למנות ולהעמיד ממונים הגונים אנשי חיל יראי אהי' לדון בדברי ריבות החזקות ולא יעבור בשום אופן שבעולם שלא יהיו ממונים קבועים בזה האופן שהק"ק ימנו עתה ממונים שיהיה כח בידם לענוש ולגזו' כבא החומרות הכתובו' בהסכמות אלו ואחר תשלום לששה חדשים לחנויים יהיו מחוייבים הם לברר מהם או זולתם ממונים אחרים באופן שתהיה מדה זו נוהגת מששה חדשים לששה חדשים על ענין אחד וקולר זה תלוי בצוארם לעיין בתשלום זמנם ולהשגיח בעין השכל הטוב למנות על עם ה' אנשי אמת שונאי בצע בדק בדק ירדופו והאמת והשלום יאהבו ויכפוהו וכל מה שיצא כתוב וחתום מתחת יד הממונים וכל מה שיפסקו וידונו לפי ראות עיניהם יהיה מאושר ומקובל על כל מה שיגזרוהו וכידם להכריז בכל הקהלות כל מאן דלא ציית דינא והוא וטוזרין יחיד ורבים עוברים בחרם ההסכמות האלה אשר יסדום הרבנים הקדמונים נר"ו ובסוף ההסכמו' כתוב ואם יעבור ויערער הוא עובר בחרם כו' וכך היו מתנהגים זה שבעים שנה מ"מ והיה המנהג שבעת באתם ממינויים מתקבלים כולם ונושאים ונותנין מי ומי ימנו תחתיהם וההסכמה היוצאת מביניהם על פי הרוב כן תקום וכן תהיה ועם היות שלפעמים אי אפשר שיתקבלו כל הממוני' במקום א' ואפשר שא' מהם יפקד מושבו היה המנהג שכל שלא נמצא שם שולחין אחריו שיבא פעם ושתים ואם לא נמצא הנמצאים שם ממנים ממונים אחרים לפי ראות עיניהם על פי הרוב הנמצאים שם ולא היה פוצה פה ומצפצף שאל"כ אין לדבר סוף ויהי היום נתקבלו הממונים לשום אחרים תחתיהם ויפקד אחד מהם ואף שמעולם לא בא אל בית הועד ולא נצטרף עמהם שלחו אחריו פעמים שלש ולא נמצא כיון שראו הממונים שבקשוהו פעמים שלש ולא נמצא הסכימו למנות ממונים ועל פי הרוב עשו מהדורא אחת וכתבו פתק' חתומה מתחת ידם איך מנו לממונים לפ' ופ' וזולת א' מהם שלא חתם באותו הכתב שלא היה חפץ באחד מאותם ממוני' ונתבטל במיעוטו כאשר הדין נותן ללכת על פי הרוב לסוף כ"ר שעות קול הקריה הומה שאנים או ג' יחידים לא אין רוצים במינוי אותם האנשים אשר נתמנו מפי הממונים היוצאים ונותנים טעם לדבריהם שההסכמה הזאת יצאה מרובו שלא מתוך כולו וכל מה שעשו אין במעשיהם כלום כמו שכתב הרשב"א ז"ל כתשו' ובכח ידם תקיפא עשו לפסוגה שלא נמצא באותו מעמד שיהיה הוא התובע שאחר שלא נמצא שם אין במעשיהם כלום ויודע לכל שער הוא' באותו הממונה לכני' היתה עמו ובלבו היה שכל מה שעשו הממוני' אכירין עשוי בכרט שמעולם לא נתקבץ לדון עמהם לסבות ידועות אצלו אלא שאלו האנשים פתוהו ויפת בשאר לבו ועל זה עלתה מחלוקת בעיר ריב הנאי העיר נחצה ובמנין כמעט כולם היו אומרים מה המעשה הזה אשר עשיתם לנתוש ולנתוץ את אשר כבר עשו הממונים ע"פ הרוב ויצאה פתקא חתומה מתחת ידם שפ' ופ' יהיו ממונים ומי נשבע להם לדבר הזה לפרוץ גדר של ראשונים הרבנים שתקני ההסכמות קיומים אשר בארץ המה ואותם ג' אנשים שב שנים או ג' חכמים מרביצי תורה בקהלות היו מסבירים שלא ינהגו נשיאותם הממונים אשר נתמנו מפי הממונים היוצאים בטענה שהיה רובו שלא מתוך כולו והממונים השיבו שאעפ"י שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה שרובו שלא מתוך כולו אין במעשי' כלום מ"מ היכא שהמנהג הוא שאעפ"י שיהיה רובו שלא מתוך כולו מעשיהם קיימים כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרשד"ם ז"ל בחלק י"ר סי' ע"א והמנגדים מכחישים שלא היה המנהג כך ורבי' העידו שלימים שעברו כשמנו לגיות ממונים ובעת שהגיע זמנם ליפטר מפרותם שנו הממונים ברובו שלא מתוך כולו עוד טענו הממונים הן לו יהיה כדברי' שאין המנהג כך מ"מ שאר הממונים מעידים שאותו ממונה שלא נמצא באותו מעמד אמר להם עשו מה שאתם רוצים וכבר כתב הרשד"ם ז"ל בסי' הנז' שאם הממונים שלא נמצאו שם אמרו להם עשו מה שתרצו אין יכולין לערער אח"כ

עוד טענו הממונים שאפי' נודה שאין שם מנהג ולא גילה דעתו לומר להם עשו מה שתרצו מ"מ משתק' כיון שעבר כ"ד שעות ולא ערער הסכים למעשיהם ובכיוצא ראיה ממ"ש הרשד"ם ז"ל בסי' הנז' אין יכול לערער אח"כך ובדאי כונת הרב שאם שתק ולבסוף מוחה אין שומעין לו שאם הכונה שהסכים למעשיהם בפירוש פשיטא וא"כ ודאי כמ"ש הרב ז"ל והסכים למעשיהם הכונה לומר ששתק ולבסוף מוחה וכבר מצינו שתיקה כהודאה בענין בן המלך כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הביא' הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קע"ה גם לענין קודשין מצינו דאם אמר ע"מ שירצה אבא ושמע ושתק הלו הקדושין אעפ"י שיאמר אח"כ איני רוצה לדעת הרבה מהפו' המפורסמים ואם יטעון הטוען מנלן דהכא שמע ושתק זו אינה צריכ' לפני' דודאי מינוי הממוני' נעשה בפומביומה גם במינוי זה שהיה שם מחלוקת ואי אפשר דבתוך כ"ד שעות לא שמע מזה כלום וכדרך שכת' הרשב"א בתשובה הנז' לענין בן המלך איברא שלשון הרב והראיה שהביא אינו מוכיח כן עוד טענו הממונים דאף דנימא דאין במעשי' כלום מ"מ יתקבלו הממונים פעם אחרת כל' הממונים באותות ועפ"י מה שיצא מאותו הרוב יקום דבר שאף שהרלנ"ח ז"ל בפסק השכיב' כתב שכל שנעשה ברובו שלא מתוך כלו אף אם יתקבלו פעם אחרת כל הממונים לשאת ולתת עם המיעוט כדין ולשמוע טענות המיעוט ולהודיע להם ראיותיהם אם בעיני המיעוט יראה שאינם ראויות לקבל סברתם וגם הם לא יחזרו בהם ויסכימו לדעתם הראשונה אין הסכמתם קיימת מטעם רוב מפני שעתה כבר נוגעי' בדין והם קרובי' אצל עצמם דכשיפ' להו מילתא למהדר ממאי דהסכימו בראשונה ולא יקבלו שום טענה לחזור בהם והחזיק בסברא זו הרשד"ם ז"ל בהרבה מקומות מתשובותיו מפני הויכוח אמרה ולא לענין מעשה וכדמשמע שראינו נפסק א' מכ"י לאחר קדום שאף הרלנ"ח ז"ל לא היה אומר כן אלא דרך משא ומתן לא לענין מעשה ואף

אמנם שהרלנ"ח ז"ל גם יתד תקועה בסברא זו הנה מהר"י בי רב ז"ל וכל רבני צפת הקטנים עם הגדולים שקבלו הסמיכה ושמכו רבנים אחרי' אף אחר שנתגלה להם שהרלנ"ח ז"ל חולק בהכרח חולקים עם הרלנ"ח ומהמובן אבלי מדברי מהריב"ל בח"ג סי' כ"ז וקי"ט שהוא חולק על זה ומהראיה שהביא הרב בני שמואל בסי' י"ז נר' שחולק על זה והכת המנגדת טוענים שהרלנ"ח ז"ל להלכה ולמעשה אמרה ואף הרב מהר"י בי רב אינו חולק על זה

(הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן י"ג בהגהת ב"י אות כ"ד כתבתי שהרב משפטי שמואל ומהר"א ששון ז"ל ומשפט צדק עומדים בסברת הרלנ"ח ז"ל וכתבתי שם שמורי הרב ז"ל כתב דמהר"י בי רב ז"ל מודה להרלנ"ח ז"ל בזה ושהרא"ר"ב ז"ל כתב דחולק מהר"י בי רב על הרלנ"ח ז"ל ע"כ ההגהה)

עוד טוענים המתנגדי' שמטעם אחר אין במעש' הממוני' כלום באמרם שהממונים מפי הממוני' דברו לממוני' שימנום לממונים ומאחר דאיכא גילוי דעת אין מינויים עולה וחוזר הבא אל הכולל ולטענה זו השיבו הממוני' דובר שקרים לא יכון לנגד עינינו שמהוים יש מאין ומעולם לא נמצא מי שאומר לממונים שישימוהו לממונה ואדרבא א' מן החכמים המערערים על אודות הממוני' הלה כבי שבי ממונים שישימו את בנו לממונה והוא נער ולא בא מידם שלא למנותו והודרכו לענות אמן בע"כ ולא עתה יבוש אותו חכם שהוא מן המערערים לומר שהדין עם המעכב שלא יהיה ממונה אחד מאותם שהוציאו הממונים כעלילה שהעלילו עליו שגילה דעת הממונים שרוצה להתמנות ממונה מה שלא היה ולא נברא וכמו שהממונים לואי' ככרוכייא על זה והניח את בנו אחר לבו ולב הממונים שחילה בניהם ידעי שפעמים שלא דבר ע"י וע"י זולתו על לב הממונים שישימו את בנו לממונה ועוד היכן מורה ההסכמה שהממונים לא יתמנו על פי הדבר שבהסכמה אין שום גילוי לזה כלל ולו יהיה שבהסכמה היה כתוב שלא יוכלו למנות ממונים על פי הדבר אזהרה לממונים שמעכו עונש למתמנים לא שמעכו והרי בפ"ק דתמורה אפלינן אביי ורבא דרבא אמר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד לא מהני וכתבו הגהות מרדכי בסוף שבועות מכאן יש ללמוד מי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור או ימחול או שאר דברים ועבר שבועה ומכר או נתן אין במעשיו כלום והרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ר"ח כתב על זה ומה שנתבאר בסמוך כלחו דברים אלו גם מהרשד"ם ז"ל חלק י"ד סי' קט"ו וקמ"ב הרבה להקשות על הגהות מרדכי בזה ודחה דבריהם מהלכה וכן מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' ע"ה (הגה"ה אחר זמן מצאתי בכ"י בתשובה למהר"ר עזריא יהושע ז"ל שגם הוא דחה דברי ההגהות מהלכה והסכים לדברי הרב ז"ל בב"י ז"ל ע"כ ההגה"ה) וכן דעת הרב בעל המפה ז"ל בח"מ סי' ר"ח אע"פי שבי"ד סי' ר"ל שינה את טעמו (הגה"ה הב"ח והשפתי כהן בי"ד סי' הנז' כתבו בכונת הרב בעל המפה ז"ל דברים שאין מחוורים אצלי ובספר כנה"ג חלק ח"מ סימן ר"ח בהגהת ב"י אות ט' כתבתי שדעת הר"ב המפה ז"ל דלענין ממונא אם רוצה הקונה או המקבל לזכות במכר או במתנה דע"פי שאינו בידו הדין עמו ומוציאין מיד המוכר המכר או המתנה מיד הנותן והוא מ"ש בח"מ סי' ר"ח אבל בי"ד סי' ר"ל דבאיסור דיני שבועה קא עסיק כתב סברת ההגהות ללמד דעת לקונה שאע"פי שמכל הדין קונה יראת שמים על פניו יחלוף ולא יעשה בענין שהמוכר יעבור על שבועתו ובזה מדוקדק שההגהות כתבו דינם במכר ומתנה והרב בעל המפה בשני המקומות לא הזכיר מתנה אלא מכר ולפי האמור טעם שמכר הבסי' ר"ח מח"מ דכונתו לומר דאם ירצה הקונה שלא לחוש למה שהמוכר עובר על שבועתו הדין עמו כתב דין מכר לבד לרבותא דל"מ במתנה דאם בא לחוש לשבוע' שנשבע הנותן שלא ליתן יש לו פסידא שאינו זוכה במתנה אלא אפי' במכר דאין לו פסידא דאם לא יקנה שדה זו או מטלטלין אלו יקנה אחרים אפי' הכי אם רוצה לזכות במכר הדין עמו ובי"ד סי' ר"ל דבאיסור דיני שבועה קא עסיק לא כתב דין מתנה לומר דלא כתב הרב ז"ל לחוש לסברת ההגהות כדי שלא יעבור המוכר על השבועה אלא דוקא במכר דאין לקונה שום פסידא אבל במתנה דאית ליה פסידא אין להטיל עליו יראת עונש השבועה וכ"ע ע"כ ההגה"ה) ואם נדבר שקבל עליו שבועה או חרם כלחו לדברי ההגהות כ"ש בנדון זה שאפילו שבהסכמה כתוב שלא יוכלו למנות ממונים על פי הדבר אינו אלא אזהרה לפנים משורת הדין ומוכיין דעלמא דלא כהגהות מרדכי ובזה אפי' לדברי הרב מהר"י וייל ז"ל בסי' קכ"ו שתפס כדברי ההגהות וכן פסק הסמ"ע וכן נראה מדברי רש"ל ז"ל בספר ים של שלמה במסכת י"ט פ"ה סי' י"ז וכן הראנ"ח בח"א סי' מ"ב חושש לדברי ההגהות כדברי מהר"י וייל ז"ל יודו בנדון שלפנינו שאע"פי שעשו מה שעשו ע"פי הדבר מה שעשו עשוי ועיין במהרש"ך ח"א סי' קכ"ז ומה גם שבהסכמה לא נזכר בזה כלום כנז' לעיל

עוד טוענין הממונים לו יהיה כדבריכם שהמתמנה על פי הדבר אינו בדין שיהיה ממונה למה שלמתם רעה לממונים האחרים להעבירם משררותם שלא כדין חוטא אחד יאבד טובה הרבה ועם כל זה נגרה יד המנגדים ע"י האומ' וע"פי אותו ממונה שלא נמצא במעמד הראשון והכריזו בק"ק הממונים האחרים אשר מינה הממונה שלא נמצא במעמד הראשון ולהיות שהמהדורא הראשונה שנתמנו מהממונים האחרים יראים לנפשם שאלין אם יכולין לנהוג כשאותם בלתים כיון דכפי הנראה עוברים על גזרת הרבנים מתקני ההסכמות שאפי' אם נאמר שמחלוקת הרלנ"ח ז"ל עם מהר"י בירב ז"ל הוא מחלוקת שקול בהיות שבהסכמות יש חרם אינם רוצים להכניס עצמם בספק חרם דספק חרם להחמיר כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תקל"א והסכימו עמו מהריב"ל בס"א דף קמ"ח ומהר"ם מטרואני ז"ל ח"א סי' רכ"ז ורשד"ם חלק א"ח סי' כ"א וחלק י"ד סי' פ"ז ופ"ב וקל"ט וחלק ח"מ סי' כ"ט ורפ"ז ורל"ט ודמ"ד ורמ"ז וש"ע ומשפטי שמואל סי' מ"ה וכ"ח וק"א ומהרש"ך ח"א סי' קי"ב וח"ב סי' פ"ט וח"ג סי' מ"ה וק"ה הראנ"ח סי' כ"ה ומ"ט ופ"א מהרש"ט בספר שארית יהודה דף מ"ט ע"א הר"י אדרבי ז"ל סי' כ"ט וע"ה ורל"ח משפט צדק ח"א סי' ע"ה הר"א ששון ז"ל סי' קט"ו (הגהה וכן מצאתי למהר"ר יצחק אשכנזי ולמהר"ר אברהם די בוטון ז"ל בתשובה כ"י ולמהר"ר ן' ששון ז"ל הובאו דבריו בתשובות הראנ"ח ז"ל ח"ב סי' נ"ח וע"ה ע"כ ההגה"ה) ואף שהרב מהר"ם מפאנו ז"ל בתשובותיו סי' ע"א כתב דאף בחרם ספקו להקל דעת יחיד הוא ובטל אצל גדולי האחרוני' ז"ל שזכרתי ועל כנא תחלתם הרשב"א ז"ל ועוד שאפי' הר"ם מפאנו ז"ל אלו היה רואה תשובת הרשב"א ז"ל לא היה אומר דספק חרם לקולא שהרי הוא ז"ל כתב בתשו' להרמב"ן ז"ל סי' רמ"ג נראה דספק חרם לקולא והמוסכם אצלנו דתשו' להרמב"ן ז"ל הם תשובות הרשב"א ז"ל וכמ"ש רבן של ישראל מהרר"י קארו ז"ל בהקדמתו לספר ב"י ואלו הרשב"א בתשובה הנז' כתב דספק חרם להחמיר ואם נסמך לומר דגם מהר"ם מפאנו ז"ל ראה תשובת הרשב"א ז"ל אלא שהוא ז"ל מפרשה דהיינו דוקא כשהורגלו לומר משביעין ומחרימין ואפילו שאמרו מחרימין כלבד דוקא כשאמרו לישנא דארור הא ליתא דהי"ל להר"מ מפאנו ז"ל להביא בתשובתו תשובה זו ולפרשה כך כדי שלא יקשה לסברתו וכפי פירוש זה להסתייע ממנה

ועוד

ועוד דהרשב"א ז"ל בתשובותיו סי' ש' כתב דספק חרם להחמי' ולא הוזכר בה לישנא דארור אלא חרם לבד

ולענין ביאור תשובת הרשב"א ז"ל שבסי' תקמ"א שנסתפק מהריב"ל ז"ל גם בהבנתה נלע"ד שדברי תשובת הרשב"א ז"ל ברור מללו שבמזכירין חרם אפי' בלא ארור הוי ספקא דאורייתא ולחומרא כמו שמבואר מדבריו ז"ל בסי' ש' ובתשובה דסי' תקמ"א עלמה הדבר שבואר שאותה תשובה בדון שלה הובא גם בסי' תק"ן וכתוב שם וכל המשרב כו' יעבור בחרם ולא הוזכר שם ארור ומ"ש הרשב"א ז"ל דלכל המקומות הרגילו לומר משביעין אנו ומחרימין ויש כאן שבועה גם כי ארור יש בו שבועה כו' ה"פ בכל המקומות הרגילו לומר משביעין אנו ומחרימין אנו כו' ובמקום שנהגו כן הא ודאי פשיטא דהוי ספקא דאורייתא ולחומרא כיון דמזכירין לשון שבועה אלא אפי' במקום שאין נוהגין להזכיר שבועה אלא מחרימין אזור ספקו לחומרא מפני שבשאומרים אנו מחרימין מתכוונים לחרם יהושע דיריחו ולחרם שאול דנאמר בהם ארור ותניא בפרק שבועת העדות דארור יש בו שבועה כו'

וכלל הדברים הוא שכונתו של הרשב"א ז"ל לומר שלשון חרם כשבש בו ארור ועיין בתשובות מהריב"ל ז"ל ח"ד סי' ל' מעשה מדברי תשובות להרמב"ן ז"ל סי' רמ"ג אין ראיה דההיא בנדוי איירי ובכנוי ודאי ספיקו מדרבנן (הגה"ה אחר שכתבתי זה זמן רב נדפסו תשובות הרא"ש ז"ל וראיתי בסי' ו' "ה הסכים לדעת הרשב"א ז"ל וסיעתו אפילו חרם לבד ספקו לחומרא ואפי' שלא ענו אמן אחריו

עוד שאלים שהרב מהר"ר לוי בן חביב ז"ל לא החליט האמר שיגמר ע"י אותו שלא נמלא במעמד ואפי' שאף הרב ז"ל לא אמרה אלא דוקא בשב ואל תעשה בנדון דידיה שלפי סברתו אין באותו מעשה כלום ונתבטל הסמיכה מאליה והוא הנרלה אבלו אבל בנדון שלנו שקום עשה הוא שמוכרח הדבר להעשות אפשר שאף הרלב"ח ז"ל יודה שיתקבלו פעם אחרת ומה שילא מהסכמת הרוב על פיהם יקום דבר ואפי' נאמר דבקום עשה אמרה הרלב"ח ז"ל לא מלאו ידיהם ורגליהם בבית המדרש שהרי רלב"ח ז"ל מודה שכל דבר שנעשה ברובו שלא מתוך כולו אף שיתקבצו כולם פעם אחרת ויעמדו בסברתם אין הסכמת' קיימת מטעם רוב אלא הרי הוא ככ"ד שקול וצריך הכרעה ומה ראו על ככה לתפוס סברת היחיד בלתי הכרעה מלתפוס סברת הממונים כיון דשקולים הם ויבואו שניהם אם תאמר שחכמי הקהלות אשר נמלאו שם הכריעו כדברי היחיד אין הכרעתם מכרעת כיון שהממונים לא נתרלו בהכרעתם כלל באופן כי דבהכרעה דעת שני הדיינין בעינן ואף אם יהבינן להו טעותייהו דחזר הדבר אל הכולל והוא לחכמים מרביצי תורה שבקהלות שכן הוא מנהג העיר בכל מינויי העיר מלבד מינוי ממוני החזקות יגמר ע"פי רוב הקהלות ר"ל רוב חכמי הקהלות טוענין הממונים שבאותו מעמד של חכמי הקהלות שהוליאו ממונים אחרים על פי אותו יחיד לא נמלאו מן החכמים מרביצי תורה שבקהלות א'מן הה' של רובי בחכמה ובמנין לא נמלאו שם וראוי לחזור ולהתקבץ כולם וע"פ רוב חכמי הקהלות יקום דבר ולא עוד אלא שבמדה שמדדו המתנגדים לממונים בה מודדין הממוני' למתנגדים ואומרים מאחר שאתם שמתם לאל את הממונים מפני שהיה רובו שלא מתוך כולו ושוב אין הסכמתם קיימת כדברי הרלב"ח ז"ל היא גופא תיקום במה שהסכמתם והולאתם ממונים אחרים רובו שלא מתוך כולו ושוב אינם יכולין להתקבץ עם החכמים שלא נמלאו במעמד אע"פ שתהיו אם לא בהכרעה מהטעם האמור

עוד טוענין הממונים אפי' נתפוס כסברת הרלב"ח ז"ל דכל דבר שנעשה רובו שלא מתוך כולו אין הסכמה קיימת מטעם רוב היינו דוקא אם ירלו להחזיק בסברתם הראשונה אבל אם ירלו לומר שמה שעשו בתחלה אינו עשוי ויתקבלו מחדש למנות ממונים אחרים ודאי דיש לנו לילך אחר הרוב דהשתא ליכא טעמא דהוו נוגעים משום דמכספי כיון שאין עומדין בסברתם הראשונה וכיון שכן הוא למה לא נתקבלו כל הממונים למנות ממונים זולת היחיד שלא נמלא במעמד הראשון שנמלא במעמד ההוא ושלשה ממונים אחרים שהכניסום בחזקת היד ועל כל זה עמדו בסברת' והיו אומרי' מה שעשינו עשוי ולא נחזור לאחורינו מלבד שאני ממונים אחרים לא נמלאו שם כלל האחד שלקחו לקרוא לו ולא רלה לבא באמרם שיתקבלו הממונים לבדם במקום אחד הם לבדם וילך לו ומה לו ללכת במעמד שיש שם חכמים ודיינים ובעלי זרוע והשני לא שאלו אחריו כלל ואיך עלתה על רוחם למנות ממונים שלא מתוך מעמד כל הממונים וכל עלמיכם להרוס מעשה הראשון שעשו הממונים אינו אלא מפני שהיה רובו שלא מתוך כולו וברשת זו נלכדתם למנות ממוני' שלא במעמד כל הממונים ולא זו בלבד אלא אפי' הנמלאים שם כולם לא הסכימו למעשה היחיד ולא הסכימו בפי' ואדרבא מיחו בפי' ואיך הפרותם על המדה להכרית ממונים החדשים לפרוץ גדר ההסכמה מהרבנים זלה"ה דא עקא • טוענים המתנגדים לממונים מה שאתם אומרים שהמנהג כך לשום ממוני החזקות ברובו שלא מתוך כולו ונמלאו רבים מעידים כך אנו אומרים שאין המנהג כן ומביאים עדים שמעידים שראו לכמה מהדורות שלא הוליאו ממונים אלא ברובו מתוך כולו משיבים הממונים לטענה זו לא ראינו אינה ראיה ואין למדין הלכה מפני מעשה וכדרך שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן ש"א להחכם הר' ילחק בונשתר ז"ל ומה שאמרת שפע' אחת כלת אשה אחת לגבות כתובתה לפני מורינו הר' נסים ז"ל ודן לא לישום לה בגדי שבת ולא בגדי חול אין למדין הלכה מפי' מעשה ואולי היו שם תנאים אחרים ודברים כגון או אולי גרושה היתה או שעשאה דרך כשרה ועלה טובה כו' ואף כאן אין למדין הלכה מפי מעשה זו דאיך אפשר להם להכחיש למעידים שכמה פעמים הוליאו ממונים ברובו שלא מתוך כולו ובדידהו הוה עובדא באמרם שראו כמה מהדורות שהוליאו רובו מתוך כולו דאפשר דאותם הממונים לא היו רולים למנות ממונים אם לא ימלאו כל הממונים לרווחא דמילתא או שהיו חוששין לכבוד הנפקד ואם יש להם כח לומר שלא כן היה המנהג הוא שיביאו ראיה שאירע מעשה שמינו ממונים ברובו שלא מתוך כולו ומחה המיעוט ונשמעו לדבריהם ולא עלתה ביד הממונים מה שעשו במעמד הא'

ומהר"י קולון בשרש מ"ד כתב משום פעם אחת ושתים שאירע דבר אחד במקום אחד ואיתרמי שיעשו כך בשביל זה לא יחשב מנהג קבוע כי אם בדבר שמעשים בכל יום ראוי ללכת אחר המנהג וכ"כ שלטי הגבורים בפרק הפועלים ותומת ישרים סימן ר"י ומהר"ח ראפופי ז"ל הובאו דבריו בתשובות מהר"ר בצלאל ז"ל סימן י"ח ומשא פלך ח"ג בדיני המנהגות במנהגי ממון שרש ח'

ואם אמור יאמרו כבר אירע מעשה פעם אחת שהוליאו ממונים ולא נמלא שם ראש המהדורא והיה מוחה מטעם רובו שלא מתוך כולו גם זה הכל תחת ג' חזא דשאני התם שלא הודיעו לראש המהדורא שהיו רולים למנו' ממונים ולא שאלו אחריו כמו שהודו הממונים בעלמם ואם המנהג להוליא ברובו שלא מתוך כולו היינו כששאלו אחריו פעמים שלש ולא נמלא אבל שיתקבלו לבתחילה למנות ממונים שלא מדעתו

שיעשו אלא יבקשוהו מנהג זה לא נתנהג מעולם ועוד שאותו ראש המהדורא מוחה ולא עשה מעשה וסוף סוף כשאחרו הממונים שהוציאו הממונים שלא במעמדו במקומם ואפשר לומר אותו ריש מהדורא ערער כדבר דרך גרעון אבל לא שהיה דעתו כן כיון שערעורו לא יצא לפועל ועוד שאני התם שאותו ראש המהדורא היה רב וגדול בישראל ואב ב"ד שבעיר ולא יעשה כן במקומנו למנות ממונים שלא במעמד ראש המהדורא ובפרט רב וגדול כמוהו אם לא שיתן רשות ומאחר דאתינן עלה מטעם מנהג אין לירון אלא דומיא בדומה במו שכתב הריב"ש ז"ל בסימן תע"ז ונהפקר אומן המהדורא שמענו שהמנהג כך אבל בהפקר ראש המהדורא לא שמענו ואף אם נודה לכם בזה מה יענו שכתותיכם לשאר הטענות

עוד שואלים הממונים אם יש לאל ידם להשביע לממונה המערער איך ערער על זה בתם לבבו ובנקיון כפיו ולא פתוהו האנשים האלה שלמים לאחרחר ריב ומדון ע"י מתן בסתר ולכשלא נכון עמם או שיקבל עליו חרם על הכל יורינו מורינו ורבינו מופת הדור גאון עוזינו כדת מה לעשות בכל פרט ופרט באר היטב וככל היוצא מפיו כן נעשה לא יפול מדבריו א' ארצה ושכר אדונינו מופלא שבסנהדרין כפול ומכופל מן השמים ממני ומאתי עבד עבדים למעכ"ת והוא הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

(הגה"ה אחר עבור שלש או ד' שנים עקרתי דירתי לעיר תיריא ואחר עבור שנה או שנתים שתקעתי דירתי בתיריא כתב לי ידיד נפשי בן אחותי החכם הותיק כמה"ר אברהם ן' ויניסיד נ"ע שהוציאו לממונה החזקות לרב המובהק כמהר"ר יום טוב ן' יעיש זלה"ה ולא קבל עליו המינוי באומרו שהממונים שהוציאו אינם ממונים מפני שהם נמשכים מהכת שהוציאו אותו הממונ' וקלת חכמים ביד חזקה וכפי הדין אינם ממונים ולא רצה לנהוג נשיאותו אם לא ברשות המהדורא שהוציאו הממונים ע"כ הה"גהה)

סימן י"ג

אזומיר התכ"ב להיקר ונעלה כה"ר דוד קורנילי יצ"ו

שאלה ראובן שקנה סחורה משמעון ונפל הפרש ביניהם ואמר ראובן נלך להתדיין בדין התורה ושמעון אמר לא נלך להתדיין אלא לפני סוחרים ובא לוי הסרסור וקנה מהם על זה ובשעת הקנין אמר ראובן עם' בתנאי זה אני מתרצה לפני סוחרים שאברור לפי הסוחר פלוני ושמעון יברור לעצמו ואחר שהלכו לפני הסוחרי' הנז' חזר הסוחר של ראובן ולא רצה לדון אז ברצות ראובן שחזר הברור שלו אמר ע"מ זה נתרציתי לפני סוחרי' לפי שהסוחר הזה קים לי בגויה שהוא בקי וירא שמים ויחזו' להפך בזכותי על האמת וכיון שכן חזר הדין ונדיין בדין התורה ושמעון טוען ברור לך סוחר אחר שהרי קנינו לדון לפני הסוחרי' וראו' טוען הרי פרשתי בתנאי שיהיה הסוחר פ' יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה דבר זה אין צריך לכנים לפי שבשעת הקנין פירש ראובן שהברור יהיה פלוני שהוא ידון אותו ודאי שע"ד כן ירד ואם יאמר אומר שמהרש"ך ז"ל כתב בתשובה ח"א סימן קמ"ד שישימו אנשים סוחרים אחרים אדרבה משם ראיה לנ"ד דפוק חזי מה שכתוב בשאלה וז"ל ושמעון טוען כיון שמתחלה נחה שקטה הסכמתם שזה בורר לו א' וזה בורר לו אחד ולא נכתב בשטר שמות

הבורים שיהיו פ' ופ' א"כ יש לברור סוחרים אחרים על שימלאו מוחרים שיפסקו הדין אבל הכא שמתחלה בעת הקנין פירש להתדיין עם סוחר פ' כיון שאותו סוחר לא רצה ודאי דמצי למימר לא משכחנא גברא מהימנא וישר ושיכול להפך בזכותי כמוהו וכן מצינו שכתב רמ"י ז"ל מתוך שזה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד דלייתי בעלי דינין וסברי הרי אני בררתי האחד ואם היה יכול להפך בזכותי היה מהפך הרי בבירור שיכול לומר הבע"ד אני רוצה מי שיהפך בזכותי ולכך התניתי בעת הקנין שפלוני הסוחר יהיה ברור שלי ועכשיו שחזר בו הברור שלי חזר הדין לדין התורה ונדון כי האי אפי' היה בשבועה מודה מהרש"ך ז"ל דהדין עם ראובן כ"ש הכא דליכא שבועה גם הרב בעל כנסת הגדול' שיחיה שכתב דה"ה בלא שבועה דצריך לחזור אחר סוחרים אחרים לא מיירי אלא בנדון דמהרש"ך ז"ל שלא נקנו בשמות בשעת הקנין כאם זעירא שלמה אלגאזי

תשובה לפי מה שבא בשאלה שבשעת הקנין אמר ראובן לשמעון בתנאי זה אני מתרצה לפני סוחרים שאברור לסוחר פלוני מאלו הדברים ברורים כמ"ש החכ' השלם סיני ועוק' הרים נר"ו שלא נתרצה להתדיין לפני סוחרי' בזה בורר לו א' וזה בורר לו א' אלא ע"מ שיהיה פ' הסוחר שפירש בשעת הקנין ברור שלו וכל שלא רצה להיו' פ' דיין חזר הדין לדין התורה ודברי הרש"ך ז"ל הם בשלא ביררו הסוחרים בשעת הקנין אלא סתם נטלו קנין ושבועה להתדיין בפני סוחרים אבל כל שפירש בעת הקנין סוחר פ' וסוחר פ' כל שלא נתרצו הסוחרים הנז' פקע מיניה חיוב הקנין וחזר הדין לשיני להיות נדון על פי דין התורה כמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו

ותורת אמת היתה בפיהו שמ"ש בספר כנ"הג שאפי' בלא שבועה חייב להרור סוחרים אחרים הוא על נדון מהרש"ך ז"ל דמדינא חייב לברור סוחרים אחרים כיון שלא פירש מי ומי הם הסוחרים אבל כל שפירש הסוחרים בשעת הקנין שאם לא רצו הסוחרים להיות דייניה פקע מיניה חיוב הקנין אפי' בשבועה אינו מחוייב לברור דיין אחר וזה פשוט לעין כל הישר הולך כ"ש בנדון שלפנינו שיש כאן תנאי מפורש כמו שבא בשאלה שאמר ראובן לשמעון בפירוש בתנאי זה אני מתרצה לפני סוחרים שאברור לסוחר פ' מכלי וכיון שיש כאן תנאי מפורש כל שלא נתקיים התנאי פקע חיוביה ואפי' למ"ד דאפי' בדיני ממונות בעינן תנאי כפול רבים מגדולי המפרשים והפוסקים הקדמוני' כתבו דכל האומר ע"מ אין צורך לתנאי כפול ומוכח ממהריב"ל בח"ג סימן ן' שכל האומר ע"ת כף וכך כאומ' ע"מ דמי ואף שרבי' הרב מהר"י קארו ז"ל בח"מ סימן ר"ז דף ר"ן ע"ד בסוף אות י"ד חלוק על זה וכן דעת הרדב"ז ח"א סימן י"א גם בעיקר הדין בע"מ אי בעי תנאי כפול או לא יש חולקים כמבואר בא"ה סימן ל"ח מ"מ מידי פלוגתא דרבוותא לא נפקא וראובן מוחזק בעצמו ומאן ספין ומאן רקיע להכריחו שיברור דיין אחר מאחר שיכול לומר קי"ל כמ"ד דבר"מ לא בעינן תנאי כפול וכבר התניתי בתנאי שיהיה הסוחר פלוני ברור שלי וכל שלא רצה להיות ברור לא נתקיים התנאי ופקע חיובי כ"ש שאין צורך לזכות לראובן מטעם קי"ל אלא דלכ"ע פטור ומותר ופקע חיוביה שכבר נתבאר בח"מ סימן ר"ז שיש דברים שאין צורך לתנאי כפול אלא כל שיש שם גלוי דעת ואמדנא דמוכח שזו היתה כונתו אע"פ שלא כפל תנאו כל שלא נתקיים התנאי אין החיוב חיוב והכא בנ"ד מה גילוי דעת ואמדנא דמוכח יותר מזה שפירש בשעת הקנין בתנאי שפי יהיה ברור שלי ולית דין צריך בשש ואף על פי שמהרי"

קולון בשרש קפ״ב כ׳ דבטי׳ תנאי כפול דבריו תמוהים כמ״ש לפנינו בס״ד ועוד שהרי הוא ז״ל כתב שם דהיינו דוק׳ בנדרי׳ ושבועות לא בד״מ

ולא הוצרכנו לכל זה אלא לרווחא דמילתא דלפי האמת אע״פי שלא יהיו דבריו בתנאי אלא כל שפי׳ בשעת קנין שפלוני יהיה ברור שלו אפילו בלתי תנאי כל שלא רצה פלוני להיות ברור שלו אין עוד שום חיוב עליו לברור סוחר אחר אלא חזר הדין לדין תורה וכאותה ששנינו פ״ט דנדרים קונם שאיני נושא לפ׳ שאביה רע כו׳ וכתב הרב בעל הטורים בטור י״ד סי׳ רל״ב מי שפירש בשעת נדרו על מה נדר הרי זה כתולה נדרו באותו דבר ואם לא נתקיים הדבר שנשבע בגללו מותר כגון שאמר קונם שאיני נושא לפ׳ שאביה רע ואמרו לו כבר מת או עשה תשובה אין צריך התרה דהוי באלו פירש שנודר על זה התנאי וכיון שנתבטל הדבר נתבטל הנדר ע״כ הכא נמי כיון שפירש בשעת התנאי שיהיה פ׳ ברור שלו הוי כתולה חיובו באותו דבר וכיון שנתבטל הדבר נתבטל החיוב ורבים מגדולי הפוסקים סוברים דד״מ מדמינן להו לנדרים ושבועות וכל גדולי האחרונים בתשובותיהם ראיתי בדיני ממונות מביאים ראיה מדין זה לומר שכל שתלה דעתו בדבר אחד ונתבטל אותו דבר נתבטל החיוב יעויין בספריה׳ ובדברי התוס׳ והרב בעל הטורים ורבינו ירוחם ז״ל קשי׳ לשמוע עמותי׳ עליהם בתשובה אחרת מהחלק הזה סי׳ ובחלק י״ד סי׳ רל״ב ואע״פי שבתולה נדרו בדבר אחר יש מן הפוס׳ סוברים דצריך התרה מ״מ רובא דרובא רוב מנין ורוב בנין סוברים שאין צריך התרה וכן הוא בירושלמי ואפילו למ״ד דצריך התרה היינו דוקא בנדר דכיון דלא התנה בפי׳ צריך התרה כדי שלא ישאר עליו איסור נדר אבל בקנין שאין כאן איסור כל שהוא פטור מצד הדין לא שייך לומר שצריך התרה ואם עוד ירצה ברור ראובן להיות דיין אם חייב ראובן לעמוד בדינו כתבתי בתשובה אחרת מהחלק הזה סי׳

בללא דמילתא לפי מה שנא׳ בשאלה כל שברור ראובן לא רצה להיות דיין אין עוד שום חיוב על ראובן לברור דיין אחר אלא חזר הדין לדין התורה כמ״ש החכם השלם אביר הרועים הפוסק נר״ו ודבריו אינם צריכין חזוק הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן יד קושט׳ השל״ט לגבון ה״ר שבתי הלוי יצ״ו

שאלה ראובן ושמעון היו ביניהם דברי ריבות ונחה שקטה הסכמתם לברור להם דיינים לשני אנשים לוי ויהודה ראובן קבל ליהודה ושמעון קבל ללוי גיסו וקרובו ואף שהוא קרוב קבלוהו עליהם ונכנסו הבוררים ושמעו טענותיהם ולא הסכימה דעתם לדעת אחת והוצרכו לברור למכריע ביניהם ליששכר קרוב לוי הברור ויששכר דן את הדין והכריע מה שהכריע וראובן ממאן בהכרעתו באמרו שיששכר המכרי׳ לא שמע טענות שני הבוררים והכריע ביניה׳ בלתי שמוע טענותיהם ולוי הברור אומר שיששכר המכריע שמע טענות שני הבוררים יורינו מורינו הדין עם מי אם נאמן יששכר לומר ששמע טענות שני הברורי׳ ואם ת״ל שאינו נאמן אם נאמן בעדות לוי יורינו מורינו ושכמ״ה

תשובה גרסינן בפרק עשרה יוחסין נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי בד״א בזמן שבעלי דינין עומדין לפניו אבל אם אין בעלי דינין עומדין לפניו אינו נאמן וניחזי זכותא מאן נקיט לא צריכא דקריע זכותייהו ונהדר ונדיינינהו בשורא דדייני. ע״כ וכתב הרא״ש ז״ל בתשובה כלל ו׳ סי׳ י״ד דהיינו דוקא בדיין מומחה או שקבלוהו עליו אבל בשנים נאמנין לעולם שאינם נוגעים בדבר וכ״כ הריב״ש ז״ל בתשובה סי׳ ש׳ ות״ר וכ״כ הרב בעל הטורים בחלק ח״מ סי׳ כ״ג ורבינו ירוחם בספר מישרים נתי׳ ב׳ חלק י׳ ותומת ישרים סי׳ קכ״א וכן הסכימו כל גדולי האחרונים שראיתי דבריהם ולא ראיתי חולק בזה זולת מה שנראה לכאורה מדברי המרדכי בפ״ק דמציעא לפי הנמצא בנוסחת ספרינו והרלב״ח ז״ל בתשובותיו סי׳ ק״ט נתקשו לו דברי המרדכי וכתב שבספרי המרדכי מכ״י המדוייקים אינו כתוב בלשון רבים אלא הכל בלשון יחיד ומ״ש בספרי הדפוס בלשון רבים הוא ט״ס או שר״ל דיינים דעלמא

אין שיהיה מכלל האמור נתבאר דשנים נאמנים לומר לזה זכינו לזה חייבנו אליבא דכ״ע ואפילו כיתא דהמרדכי ז״ל חולק אין דבריו עומדין בפני כל הני רבוותא אחרונים וקדמונים ונראה פשוט דכדין הדיין כך דין המכריע דכי היכי דבדיין א׳ אינו נאמן ובשנים נאמנים כך מכריע אחד אינו נאמן לומר לדעת זה הכרעתי ולדעת האחר לא הכרעתי ואם הם שנים או הוא עם ע״א נאמנין מדין עדות וא״כ בנ״ד לכאורה נראה שהמכריע נאמן לומר ששמע טענו׳ שני הברורים ושע״פי טענותיהם הכריע מה שהכריע שאע״פ שהוא ע״א הרי הברור האחד מסייעו ומצטרפין הברור עם המכריע ונעשו שני עדים

ואם לחשך אדם לומר והיאך מצטרף לוי הברור עם המכריע דה״ל לוי נוגע בעדות שהנו אומרים לוי מסייע למכריע כדי שיתקיים סברתו שחייב לראובן וזיכה לשמעון ויש לו צד הנאה במה שהמכריע הכריע כסברתו ולא כסברת שכנגדו וכתב הרמב״ם ז״ל בפי״ו מה״ע אם ידע הדיין שיש לו לעד שום צד הנאה בעולם בעדות זו אפי׳ בדרך רחוקה ונפלאה לא יעידו כו׳ וא״כ בנדון דידן שיש לו צד הנאה שיסכים לסברתו אין עדותו עדות אף אתה אמור לו שכבר הסכים הרב המופלג מהריב״ל ז״ל בח״ג סי׳ קכ״א וקי״ט דלצד הנאה שכתב הרמב״ם בהנאת ממון קא מיירי או דהוו מילתא דאיסורא אבל הנאה שאין בה ממון ואין בה איסורא לא מקרי נוגע בדבר ואפי׳ לדעת אותו גדול הדור שהביא הרב ז״ל שם שהיה סבור לומר דאם שני פברנים מעידים שבטלו קנין שאיני נוגעים בעדות כי היכי דלא לימרו דייני דשפילי ניהו שלא ידעו כפשרה דצריכה קנין בב״ד יודה דלא הוי נוגע בעדות דשאני התם דכשיפא להו מילתא לומר דטעו בדבר משנה שלא ידעו דפשרה בשנים צריכה קנין אבל בכאן אין שום בושת במה שיאמרו שהמכריע הכריע כדברי האחר שכן דרך גדולי עולם לחלוק בדבר אחד זה אומר בכה וזה אומר בכה ואע״פי שהמכריע הכריע כסברת האחר הוא יאמר שהמכריע טעה והוא ידע מה שאמר כ״ש אם מחלוקת הבוררים היה בדבר שאינו נוגע לדין אלא לפשרה דלא כסיפא להו מילתא ולא הוי נוגע בדבר וכיון דלא הוי נוגע בדבר הוא והמכריע מצטרפין להעיד ששכר שמע המכריע טענות שני הבוררים ועל פיהן הכריע מה שהכריעו וכל זה בהנח׳ שמ״ש בשאלה שלוי הברור יש לו קורב׳ עם יששכר המכריע יש לו קורבה היא קורבה רחוקה שאינה פוסלת להעיד זה עם זה שאם היא קורבה פוסלת אין מצטר׳ זה עם זה וה״ל פסולין לעדות מצד קורבה

אמנם כד מעיינינן שפיר אשכחינן דבנ״ד אין לוי הברור ויששכר המכריע מצטרפין להעיד אע״פי שאין ביניהם קורבה פוסלת שהרי נזכר בשאלה שלוי הברור משמעון היה גיסו וקרובו וכיון שכן הוא איך יעיד שיששכר המכריע שמע טענות שני הברורין ובעדות זה מחייב לראובן ואין עדותו עדות שהרי הוא קרוב שמעון דאע״ג שקבלו עליו

עליו היינו שידון בינו ובין ש' מה שירא' בעיניו ובעיני הבר' שלו וע"ז קבלו שאם ידיכהו בפני עדים ויאמ' לו איש פ' אתה חייב איש פ' אתה זכאי שחייי' לקבל דינו אבל אם מעיקר' הוא כופר שלא דנו כלל או שלא דנו כהוגן או שלא שמע טענותיו או שהמכריע לא שמע טענות הבירור שלו לא קבלו שיעיד בנגדו תיפו להכי הוא שאם אתה אומר שמי שקבל עליו קרוב או פסול לדון בקבלה זו. מהני אפי' להעיד עליו א"כ אפי' בדיין א' שקבלו עליו לדון יהא נאמן לומר לזה זיכיתי ולזה חייבתי שהרי קבלו אפי' לעדות אלא ודאי לא קבלו אלא לענין הדין בלבד לא לענין אחר ולהעיד עליו וכיון שכן הוא שעדות לוי ברור שמעון הוא מחייב לראובן אין עדותו עדות ואינו מצטרף עם המכריע

וכ"ת הרי כתב הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' כ"ג שאם יש ביד א' מהם פסק דין נאמן הדיין אפי' אחד אפי' אחר שילאו מלפניו לזה שיש לו פסק דין זיכיתי וכן נראה דעת רש"י והר"ן ורשב"א כמ"ש מהרש"ח ז"ל בספר בני שמואל בביאורו לח"מ סי' כ"ג ונראה שהוא הדין למכריע שאם יש פסק דין ביד א' מן הדיינין נאמן לומר כך הכרעתי אעפ"י שהוא יחיד וא"כ בנ"ד לא יהא אלא אחד כיון שיש ביד לוי הברור של שמעון גזרת המכריע נאמן לומ' ששמע טענות שני ברורין אעפ"י שהוא יחיד ליתא דהרי כתב מהרש"ח ז"ל שם דהריטב"א והנמקי חולקים על זה דאפי' יש בידו פסק דין אינו נאמן וכיון דראובן הוא המוחזק מי יוכל להוציא מידו בהיות שיכול לומר קים לי כהריטב"א ונ"י דאפי' יש בידו פסק דין אינו נאמן כ"ש שאפי' הרב בעל הטורים ורש"י והר"ן ורשב"א ז"ל לא אמרו דאם יש בידו פסק דין נאמן אלא דוקא לומר לזה זיכיתי ולזה חייבתי שהוא הדבר שקבלו עליו אבל אם בעל דין מכחישו ואומר אמת שגזרת ביני ובין איש ריבי אבל לא שמעת טענותי מה יושיענו הפסק דין שיש בידו כיון שהבעל דין אינו מכחישו בעיקר הדין שדן אלא שלא שמע טענותיו וא"כ בנ"ד שיאודה ברור של ראובן מכחיש לישכבר המכריע ואומר אתה גזרת וכתב' מה שגזרת קודם שתדע טענותי לכ"ע אינו נאמן אפי' שיש בידו פסק דין וכן נראה ברור מדברי הרשד"ם חלק ח"מ סי' ט' הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים שכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ט"ו

נשאלתי להחכם השלם הרב כמה"ר מאיר די בוטון נר"ו אייר הת"ג

הן כל אלה ראתה עיני את הגזר ואת העדות והדת נתנה על פני רוחב השאלה מפי סופרים החכמים האלה שלמים לתורה ולתעודה ולכל דבר שבקדושה החכם השלם המאור הגדול עלום ורב כמה"ר מאיר די בוטון נר"ו והחכם השלם לן בעומקה של הלכה סיני ועוקר הרים שניי כמה"ר משה בנבנשת נר"ו ואירא מהודיעי ומה שתעלה מבודתי ורשת שכלי כי המה בחכמת' ורוחב מבינת' הפליאו עצה הגדילו תושיה על כל קוץ וקוץ תלי תלים של הלכות לא הניחו דבר שלא כשתטחו בו ואני אנה אני בא אמנם להכרת החכם השלם זה משה האיש אשר בו נתימר הפליר כי פד בוש אחוה דעי אף אני אם מעט ואם הרבה לעבות דבונו חפלתי וכבוכר על שלשלות ריש מילין אומר דאין ספק דכי היכי דהעדים אחר שנחקרה עדותן בב"ד שוב אינן חוזרים ומגידים הכי נמי הדיינים אחר מה שפסקו בפני עדים או שכתבו גזרתם בכתב שוב אינם חוזרי' ומגידי' דמ"ש דיינים מעדים לענין זה וענין זה נלמד מדברי הרב מהריב"ל בס"ג סימן קי"ו כמ"ש החכמים השלמים נר"ו גם

דברי מהרש"ס ז"ל חלק ח"מ סימן ש"ו מוכיחין כן בפירוש למתבונן בם הטב

אלא לתמיה לי על דברי הרב ז"ל מה הוקשה לו מברייתא דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי כו' לנ"ל שהוצרך לחלק מה שחילק והדבר פשוט דברייתא זו אינה ענין לנ"ד דברייתא זו מיירי כשאין ביד הנידונין פסק דין וכמ"ש הטור בחושן משפט סי' כ"ג כאבל בנדון הרב ז"ל שהיה פסק דין ביד התובע אפילו אין בעלי דינין עומדים לפניו נאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי וכ"ש לפרש דבריו ואולי הוצרך הרב ז"ל להכנס שם באות' חילוקי' כפי דעת הריטב"א ונ"י בפרק עשרה יוחסין והביאם הרב מהרש"ח בספר בני שמואל בביאורו לח"מ סימן כ"ג שאפילו יש ביד הבעלי דינין פסק דין אינו נאמן כל זמן שהלכו מלפניו אלא שאין מכל זה הוכחה בדברי הרב ז"ל •

ואולם במה שהאריך החכם השלם לן בעמקה של הלכה כמה"ר משה נר"ו להציל לרשב"א מתלונות מהר"ס ז"ל ולהמציא לו חבירים מקשיבים לקולו שאפי' יש בידו פסק דין נאמן לומר פרעתי לא ראיתי להטריח עצמי בזה לפי שכבר קדמני בזה רבנן קשישי הרלנ"ח ז"ל סימן ק"ט והרב המבי"ט ז"ל בתשובותיו ח"א סי' קמ"ז ורפ"ט ור"ב ומהרש"ח ז"ל בביאורו לטור סימן ל"ט • והרואה יראה שרוב דברי החכם השלם וכמעט כולם כלולים במ"ש הרבנים הנז' הן בהצלת רשב"א מטענות מהר"ס ז"ל הן בהמציא לו חבירים מקשיבים לקולו הן בסתירת דברי הטור ז"ל מסימן ל"ט לסימן ע"ט עד שהרב מהר"ם מטרני ח"א סימן רפ"ט ור"ז הפריז על המדה וכתב שרבים העומדים בסברת רשב"א מהעומדים בסברת מהר"ס ז"ל שהעומדים בסבר' רשב"א ז"ל הם רובא דמנכר' בחכמה ומנין והעומדים בסברת מהר"ס ז"ל הם מיעוטא דמיעוט' וכרשב"א וסיעתו נקטינן לכך זה אומר שראיתי להרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ל"ט שעל מ"ש הטור ז"ל וכ"כ הרמב"ם ז"ל על סברת רשב"א כתב וז"ל וכיון שכן לא ידענא למה כתב רבינו וכ"כ הר"מ במז"ל על דברי אבי העזרי דהא הרמב"ם ז"ל אינו נאמן קאמר ע"כ

ולדידי אין מקום לתמיהתו דסובר הרב בעל הטורים ז"ל דמאי דכתב הרמב"ם ז"ל דאין כותבין היינו הודאתו שכן כתב לפיכך אם חזר התובע ואמר כתבו לי הודאתו אין כותבין לו אבל פסק דין יסבור הרמב"ם ז"ל דכותבין לפי שנאמן לומר פרעתי וכמ"ש הרלנ"ח ז"ל בסי' ק"ט אעפ"י שהשיא דעת הרמב"ם ז"ל לומר דבפסק דין אינו נאמן לומר פרעתי מ"מ דעתו שדעת הרב בעל הטורים ז"ל לפרש כן בדברי הרמב"ם ז"ל דדוקא הודאה אין כותבין אבל פסק דין כותבין

ועם זה עלה תירוץ למה שהקשה הרלנ"ח ז"ל בסי' ק"ט והרב המבי"ט בח"א סי' רפ"ט ור"ז ולש"ע ולספר בני שמואל בסי' ל"ט ולמאור הגדול הפוסק כמה"ר מאיר נר"ו שדברי הטור בסי' ל"ט וע"ט סותרין אלו את אלו ולפי האמור ניחא שהטור בסי' ע"ט מיירי בפסק דין שנתחי' ע"י הודאתו וזהו שדקדק בלשונו לומר פסק שנתחייב לו ולא קאמר פסק דין שחייב לו ואעפ"י שסבר זה הוא אלי' מדברי הרב ז"ל בב"י סימן ע"ט נראה לי שכן הדין שהוא כתב במחודשין אות י' וז"ל מי שהוציא פסק דין על חבירו שהוא חייב לו והלה טוען פרעתי כתב המרדכי בפרק קמא דמציעא דריב"א כתב דנאמן ומהר"ם ז"ל חולק ע"כ • ויש לדקדק למה כתב הרב ז"ל זה למחודשין ושאין דין מחודש בפני עצמו כיון להטור דבר בזה והוא מהסוברים כמהר"ם דאינו

דאינו נאמן לומר פרעתי וכמו שנראה מפשט לשונו אלא דבמאי שכתבתי ניחא שהרב ז"ל הבין שהרב בעל הטורים ז"ל לא איירי אלא בשנתחייב בהודאתו ולכן כתב דין פסק דין שלא נתחייב בהודאתו לדין מחודש שלא הוזכר בדברי הרב בעל הטורים ז"ל בסימן הנז' אלא שאם כך היה כונתו יש לתמוה למה הוקשה לו על דברי הרב בעל הטורים ז"ל בסימן כ"ט

כלל העולה דלמ"ד לדעת הרא"ש והרב ב"י ומהריב"ל ומהרדב"ז ומהר"י קורקוס ז"ל הובאו דבריו במהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן רפ"ט ור"ן שעומדי' בסברת מהר"ם ז"ל דכשיש בידו פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי שהדיינין אינן יכולין לחזור ולהגיד אלא אפילו לדעת מהר"ם מטראני ז"ל בסי' הנז' דנאמן לומר פרעתי אין הדיינין יכולין לחזור ולהגיד דלאו הא בהא תליא וכמ"ש המאור הגדול המאיר פני תבל בחכמתו ועל ידו החזיק החכם השלם כמה"ר משה נר"ו ומי שיעיין בתשובה למורינו הרב הגדול ז"ל בסימן קמ"א יראה כפי' דאין הדיינין חוזרין ומגידין ואכתי פש גבן לבאר כ"ד אי מיקרי חוזר ומגיד או דמי לע"א אומר תנאי וא' אומר אין תנאי וכבר עמדו בחקירה זו הרב הפוסק והחכם השלם שיחיו וכתבו כל הצורך ואני מוסיף דכדון דידן לא דמי לע"א אומר תנאי וע"א אומר אין תנאי דבשלמא התם אפשר ששניהם אומרים אמת וזה שמע מה שלא שמע חבירו אבל בכ"ד שא' מן הדיינין אומר שלסבה פלונית כתבו הגזרה השניה והדיין השני מכחיש ואומר לא כי אלא שלסבה זו נכתב אפי' למ"ד בע"א אומר תנאי ואחד אומר אין תנאי שומעין לאומר תנאי אפי' בשכתב ידן יוצא ממקום אחר בכ"ד אין שומעין לדיין שאומר שבשביל שהפך האחרון הי"ל ליתנו תכף ומיד לא נכתב בגזרה הראשונה ונכתב בגזרה השניה

עתה באתי על מה שדחה החכם השלם נר"ו ראיית בעל התרומות שהביא מדברי הרמב"ם ז"ל להכריח דאין אחד פוטרו משבועה ונמוקו עמו וזה לי כעשר שנים בתשובה אחת כתבתי לדחות ראיית בע"הת כמו שדחאה החכם השלם נר"ו והבאתי ראיה לדברי ממה שהרב הטורים ז"ל בסימן כ"ט ומ"ו וע"ה ופ"ז דעתו מסכמת דע"א המסייע לנתבע פוטרו משבועה ולפי זה בשוכרא דפרק חזקת אין הנתבע צריך לישבע כיון שהעד מסייעו ואלו בסימן קמ"ו כת' על שוכרא דפרק חזקת כלשון הרמב"ם שהנתבע ישבע הסת כדי ליפטר מאכילת פירות וזה הפך הסכמתו בסימן הנז' כפי דעת בע"הת אלא ודאי מוכרח לומר שיש לדחות כמו שדחה החכם השלם נר"ו וכמ"ש בתשו' הנז' ומורי הרב ז"ל בחתימתו על תשובה הנז' כתב על ראיה זו דלית גבר וכר גבר דיפרקינה דרשו מעל ספר תשובותיו סימן קנ"א וקראו ושם יראה המעיין שמורי הרב הגדול נתעורר בדברי הרב ב"י ז"ל מה שנתעורר החכם השלם נר"ו איברא דהראיה שהביא החכם השלם מדברי הרמב"ם ז"ל עלמו לאסר ולקיים החילוק שכתבתי היא ראיה שאין עליה תשובה שפתים ישק •

גם מה שחקר החכם השלם נר"ו אי אמרינן קים לי כמי שפטרני מן השבועה וכתב שמהרש"ך ז"ל נסתפק בזה איברא שדעת מהרש"ך ז"ל בח"א סימן ק' וקכ"ר לפקפק בזה אבל אין דבריו עומדים בפני כמה רבוותא דסוברים דכי היכי דלענין מטלטלין מוחזקין מוחזקא אמרינן קים לי הכי נמי לענין שבועה אמרינן קים לי והם מהריב"ל ז"ל בח"ב סוף סימן מ"ו והרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סוף סי' מ"ה וקנ"ט והרדב"ז ח"א סימן קס"ט ומה גם שדברי מהרש"ך בסי' הנז' הם תמוהים שכתב כלשון הזה ואינו יכול לומר קים לי בהרמ"ה ז"ל כיון שהוא יחיד בדבר ועוד דאפשר דלענין שבועה לא אמרינן קים לי לדעת הר"י הלוי ז"ל ואע"ג דטעמי' הנז' השיבא לפטור למוחזק מ"מ לענין איפטורי משבועה לא אמרינן מנו הכי נמי אע"ג דלענין ממונא יכול המוחזק לומר קים לי לענין שבועה אינו יכול לומר קי"ל ע"כ

ותמהני דלפי טעם האחרון למה לא יוכל לומר קים לי כמ"ד מנו לאפטורי משבועה אמרינן ולדידיה יכול לומר קים לי כמאן דפטרני מן השבועה וכ"ת דהוי תרי קים לי קים לי כמ"ד דמנו לאפטורי משבועה אמרינן וקים לי כמ"ד דפטור מן השבועה וי"ל ספק ספיקא דמפקינן מיד המוחזק כמו שהיא הסכמת מהרש"ך בתשובותיו ליתא דהא שמעינן לרב ז"ל דבפלוגתא דרבוותא אפי' בס"ס אין מוציאין מיד המוחזק דגם פלוגתא דרבוותא חד הוא ולית לן למימר דהטעם קמא דהרמ"ה ז"ל הוא יחיד בדבר סמיך דא"כ מה חדש בטעם השני ולכן נראה דאף דנימא דלהר"י הלוי ז"ל לענין שבועה אינו יכול לומר קים לי לענין מעשה ראוי לתפוש דיכול לומר קים לי מהטעם שכתבתי וכן העליתי בתשובה הנז' והסכים על ידי מורי הרב הגדול ז"ל בסימן הנז'

וראיתי למורינו הרב המובהק כמה"ר י"ט ן' יעיש' נר"ו נמשך על דברי המאור הגדול והחכם השלם נר"ו דאיברא דאין הדיינין חוזרין ומגידין אבל כ"ד לא מקרי חוזר ומגיד אלא מפרש דבריו הראשונים ומועיל כי היכי דמועיל לעדים היכא שמפרשים דבריהם ובהורמנא דמרן נר"ו אמינא דבכ"ד אין מקום לזה כלל כיון שא' מהדיינים אומר שהוספה היתה והאומר שכך גזרו מתחלה אלא שלפי שלא נתגס תכף ומיד הוצרכו לכתוב אחר גזרתם הוא קרוב ואין עדותו עדות ולפרש דבריו אפי' באנפי רחיקי לא שמיע לי כלומר לא ס"ל דאפילו בעדים לא אמרינן דכל שיכולין אנו לכוין עדותם יש לנו לכוין דבריהם אלא כשהם עצמ' מפרשים דבריהם וכמו שנראה מתשובת הר"ן ז"ל שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן כ"ט אבל שנפרש אנו דבריהם באנפי רחיקי זו מנין לנו

(הגה"ה כתבתי בספר כנה"ג ח"מ סימן כ"ט בהגהת ב"י אות י' ועתה נתיישבתי בדבר וראיתי שאין זה מוכרח ואין ספק אצלי שאם מתו העדים או הלכו למ"ה דיש לנו לפרש דבריהם באנפי רחיקי כדי שלא תהא עדותן מוכחשת שוב מצאתי בתשובה כ"י למהר"ש חקאן הלוי ז"ל כתב שדברי הר"ן ז"ל היינו דוקא כשמפרשים דבריהם ואנו רואים שהפרש מועט בכדי שהדעת נוטה ורובא דאינשי טעו בהכי אבל אם אמר אחד מן העדים איני יודע לא תלינן לומר דדילמא בשעתיה דחבריה קאמר וזה קרוב למ"ש בתשובה ע"כ ההגה"ה) ואף כשהם מפרשים דבריהם נסתפק מהריב"ל ז"ל בס"ג סימן קי"ו אם יכולין לפרש דבריה' באנפי רחיקי

ועוד אני אומר דלא יהא אלא שזה המפרש דבריו הוא רחוק וראוי להעיד כיון דיש הכחשה ביניהם שזה אומר כך גזרנו והאחר אומר לא כך גזרנו יד ראובן המוחזק על העליונה וכמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"ג סימן הנז' דאם נפל ספק בהבנת גזרת הדיינין והא' אומר לכך נתכוונתי והשני אומר לכך נתכוונתי יד המוחזק על העליונה ונראה דנדון דידן עדיף מנדון הרב ז"ל דבנדון הרב ז"ל אפשר להבין לשון גזרתם כמו שאומר האחד אפי' בלי שידברו והשני שאומר לכך נתכוונתי ה"ל כחוזר ומגיד ואפ"ה כתב הרב ז"ל דכיון דהאחד אומר לכך נתכוונתי והשני אומר לכך נתכוונתי ס"ל חזית דנאמין לזה ונאמר דהאחר הוי כחוזר ומגיד ולא האחר

האחר ולכן היכא דקאי ממונ׳ תיקו׳ וכ״ש בנ״ד דאי לאו דברי האחר שאומר שכך גזרו מעיקרא לא שלפי שלא נתן תכף ומיד הוצרכו לכתבו מאחרי הדף פשט הדברים נראים דההוספה הוי כדברי האחר שראוי שנאמר דממונא היכא דקאי תיקום

כללא דמילתא דראובן פטור מהשך החדש הכתו׳ מאחורי הגזרה דהדיינים הוו חוזרים ומגידים ואינם נאמנים כמו שהורה הרב הפוסק נר״ו ואפי׳ אין כתב ידן יוצא ממקום אחר כמו שהאריך בזה זה דודי וזה רעי החכם השלם כמה״ר משה נר״ו כפי הטענות שטוענין הדיינין ואין לבדות מלבנו טענות אחרות שלא טענו הדיינין אף שיועילו לענין הדין כ״ש שאיני רואה שיוכלו הדיינין לטעון טענה שתועיל לקיים גזרה החדשה והדין דין אמת כמו שפסקו שני המאורות ועליהם אין להוסיף ולאפושי גברא אתינא הנלע״ד כתבתי סר למשמעתם הצעיר חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן י״ו

חתמתי על פסק הרב המובהק כמה״ר שמואל ן׳ ויליסיד ז״ל שנת הת״א

דברי הרב המובהק הפוסק מר שמואל זלה״ה אינם צריכים חיזוק ומה גם ממני ומאתי אך אמנם באתי על החתום להכרת החכם השואל אחי ורעא כמה״ר אליעזר נר״ו הפליר בי אחוה דעי הנלע״ד ולעשות רצונו חפצתי ולמאמרו הוזקקתי באותות שתים על דברי הרב הפוסק ז״ל כיהודה ועוד לקרא ואומר דמלשון השטר אין להוכיח דכח חזקה לקרקע זה שמ״ש בו שיהיה מחזיק בכל החזקות שבואקוף כך הוא דרך המדברים בלשון בני אדם כשאדם מחזיק במקום אחד באיזו מין חזקה שתהיה בין מולקי בין חזקה בין ואקוף לומר שיהיה מחזיק בכל החזקות והכונה שיהיה מחזיק בכל הבתים וככר כת׳ הריב״ש ז״ל בסימן כ״ו שכל ענייני שטר הולכין אחר לשון בני אדם גם מ״ש בשטר שבנין החדש ישאר לאואקוף חנם אין כסף לא בא בפרט הזה לחדש שיהיה ואקוף כמ״ש הרב הפוסק ז״ל אלא מה שבאו לחדש שישאר חנם אין כסף שהוא כיורד שלא ברשות וגרוע ממנו שלא יטול יציאותיו ואם לא היה התנאי הזה כהי דהבנין היה נשאר לאואקוף מ״מ היה נפרע מהזוכים בוקוף כיורד ברשות או לפחות יטול עליו ואבניו כיורד שלא ברשות לכך בא תנאי זה לומר שישאר חנם אין בסף אבל מ״ש הוא ז״ל שמלשון השטר אין ראיה שהם חשבו שהוא חזקה כו׳ נלע״ד לפקפק בזה שהרי כתב הריב״ש ז״ל בסימן ת״ף שמדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותו דקדוק ולא אמרינן גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין יהיה כך ומפני כך כתב אותו לשון כו׳ אלא שלא דבר הריב״ש ז״ל אלא בטעות דין תורה לא בטעות ערכאות כנ״ד• ואיך שיהיה מכלל האמור נתבאר דלשון השטר אין בו שום הוכחה נגד הסברא ולו יהיה לא בריר לן אם יש לנו להלך אחר לשון השטר ומה שכתבו הפוסקים דכל שהמשמעות ניכר מתוך הכתב לב״ד כן דכין אפשר דמיירי כשאין הסברא מנגדת ללשון השטר

ולענין דינא העלה הרב הפוסק ז״ל לדון בשטר זה כפי מנהג הגוים כמ״ש הריב״ש ז״ל בסימן כ״ב ואני בעניי זר אתי לתפוש כהריב״ש ז״ל במקום שהרשב״ץ חלוק עליו ולע״ד גם הרשב״א ז״ל בתשובה הביאה הרב בב״י ח״מ סימן כ״ו מחודשין אות ז׳ מסכים עם הרשב״ץ וחולק עם הריב״ש ז״ל יע״ש וכבר ידוע למעיין כמה דיו משתפך וכמה קולמוסים משתברים בתורת המנהגות לרבנן קמאי ובתראי ז״ל בתשובותיהם והכלל השוה שבהם דבמנהג השותר הדין צריך שיהיה מנהג על פי ותיקין שהתנו כן מתחלה משא״כ בנ״ד אלא שראיתי לספר המפה ח״מ סימן רמ״ה העתיק תשובת הריב״ש ובסימן שמ״ט העתיק תשובת הרשב״א ז״ל כנראה דס״ל דלא פליגי אהדדי וכה״ג הסמ״ע בסימן שמ״ט אבל אינו נראה כן מדברי הרב ז״ל בב״י שהביא דברי הרשב״א ז״ל ולא הביא דברי הריב״ש ז״ל ואפי׳ לפי דעת בעל המפה מתוך תרוצו של הסמ״ע יראה המעיין דבנ״ד אין לנו לילך אחר המנהג וכ״ש שהרשב״ץ ז״ל חולק בפי׳ וכמ״ש •

ושוב מצאתי תשובת כ״י וכתוב עליה מכתב יד מורי הרב ז״ל שהיא למהריב״ל מקיימת דברי כתבתי אותה בסימן קנ״ז מהחלק הזה • ומ״ש הרב הפוסק ז״ל דבנדון זה אפי׳ הרשב״ץ ז״ל יודה ונתן טעם לפי שבדיננו אין שום ואקוף עולה בדין תינח אם הערכאות יסכימו עם לשון השטר אבל אם יסכימו עם הסברא מה שבדיננו אין שום ואקוף עולה בדין הוא סותר לזה שהרי כפי הערכאות הואקוף עולה בדין ובדיננו אינו עולה

והנראה בעיני שדין זה תלוי בשני דברים האחד אם הואקוף עולה בדין או אם אינו עולה שאם אינו עולה הדין עם היורש ממ״נ ואם הואקוף עולה בדין צריך לדעת אם במכירה זו שמכר משה ירקא לתוגר והתוגר למרת כושטירא היו יכולים היורשים לערער על מכירה זו כדרך שערע׳ משה ירקא ומתוך השטר אינו מתבאר זה שלשון השטר הזה קשיא רישיה לסיפיה ומתוך אריכות הזמן אין אדם יכול לעמוד על אמתות הדברים ואם היורש לא היה יכול לערער על מכירה זו הא ודאי שהדין עם היורש שהרי כח הואקוף פקע כשמכרוהו לתוגר ועכשיו שלקח הר גור כנים הדשו׳ כאן לכאן אבל אם היורש היה יכול לערער על המכירה נמצא שהקרקע הזה בחזקת היורשים עומד והמכירה שמכרוהו כמאן דליתיה וכל היכא דאיתיה בחזקת מריה איתיה דואקוף אינו נמכר והרי הוא כאלו לא מכרוהו ואינו יכול להורישו לבניו ולבנותיו אחריו אלא כפי דת ונימוס הואקוף והודעת דבר זה צריך שיהיה משפט ברור מלפני השופט הגדול כמו שהאריך הרב המובהק הפוסק זלה״ה בתשובתו הרמתה הנראה לענ״ד כתבתי הצעיר חיים! בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן י״ז

איזמיר להח״ה כמה״ר יצחק אשכנזי נר״ו ניסן התי״ז

שאלה ילמדנו רבינו מרביץ תורה ששאלו לו אם ראובן תובע לשמעון ושאלו לו ולא בא אם מפני שלא בא יכתבו ויתנו לראובן פסק ששמעון חייב לו ככל אשר ישאל התובע והשיב שיתנו לו ויגבה ככל אשר יאמר כי הוא זה אם אמת יהגה חכו של החכם השלם או לא עוד ילמדנו רבינו מי שדן את הדין בלי שמוע טענות שתי הכתות זה שלא בפני זה אם דינו דין ואת״ל שאין דינו דין אם יכול הוא לחזור ולדונו אחרי שמוע טענותיהם או אינו יכול לדונו כלל עוד ילמדנו רבינו חכם מרביץ תורה המקובל על הקהל וגזר אומר שפ׳ופ׳ יהיו דיינים בין ראובן ושמעון והבעלי דינים אומרים שלפניו הם מחוייבין לעמוד בדינו לא לדיינים שהוא בורר אם יש כח לבעלי דינין לטעון כן או אינם יכולים לטעון כן על הכל יבא דבר אדונינו מורינו ורבינו באר הטב ושכמ״ה

תשובה זה שעמד השואל ושאל ששאלו למרביץ תורה אם ראובן תובע לשמעון ושאלו לו ולא

ולא בא אם מכני שלא בא יכתבו ויתנו לראובן פסק שמעון חייב לו ככל אשר ישאל התובע והשיב אין דינא הכי דמה שהכם השלם המורה כר״ו כמאן דלא גמירי אינשי שמעתתא. שסורם דבר זה הוא מ״ש בעל הטורים בח״מ סימן כ״ו ס״ב ואם בעל דינו אלם ואינו יכול להוציאו ממנו בדייני ישראל. יתבענו תחלה לדייני ישראל ואם אינו רוצה לבא נוטל רשות מב״ד ומציל את שלו מבעל דינו בדיני גוים ע״כ והם דברי הרמב״ם ז״ל בסוף הלכות סנהדרין והרב ז״ל בב״י הביא תשובה לרבינו שרירא גאון ז״ל שכתב מי שחייבוהו בחוב או בפקדון ואינם יכולים להוציא ממנו כו׳ יש רשות לזקנים ולתלמידים שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה ומכוה לעשות כן כו׳ וכל המורד בדין מתרין בו התראה מפורסמת ואם אינו מקבל מעידין עליו ונובין ממנו בדיני גוים ומנהג שלנו לעכב ג׳ פעמים בב״ה ואחר כך מתרין לו ע״כ

וכבר נשאל מהריב״ל ז״ל בס״ג סי׳ מ״ח אם הרמב״ם ז״ל חולק על רב שרירא גאון שהרי לא כתב שב״ד מטפלין עמו להצילו מבעל דינו והשיב הרב ז״ל דלא פליגי דהרמב״ם ז״ל מיירי היכא דלא בא האלם בב״ד וכיון שלא נתברר הדבר אם הוא חייב או לא אלא שאינו רואי לעמוד בדין לפני דייני ישראל אין ב״ד חייבין ליטפל בענין אלא שנותנין לו רשות להתדיין בערכאות שלהם להציל מבעל דינו אבל אה״נ דיודה הרמב״ם ז״ל היכא דנתברר הדבר וחייבוהו ב״ד בחוב או בפקדון ואותו האיש גברא אלמא ולא צייה דינא דחייבים ב״ד ליטפל בדבר וע״י הזקנים והתלמידים יוציאו לאו משפטו כדברי רב שרירא ז״ל וכן מצאתי להרא״ג ז״ל בתשובה כ״י ואחם עליה הרש״ס והיא כתובה בתשובות הרש״ס ז״ל חלק ח״מ סימן ש״ב (הגה״ה אחר זמן נדפסו תשובות הרא״ב ונדפסה תשובה זו בסי׳ כ׳ וגם בסי׳ פ״ח כ׳ כן ע״ש ע״כ ההגה״ה) ועם שדברי הרבנים אינם צריכים חיזוק הם דברי׳ שהשכל מחייבתן כשלא בא לב״ד ועדיין לא נתברר אם הוא חייב או לא איך נחלט המאמר לומר שהוא חייב ואולי טועה בדעתו שיתחייב בדין ולכן אינו רוצה לבא לב״ד ואפשר שאם יבא לב״ד יזכה ויזכה בדינו ולכן אין נותנין רשות לבעל דינו אלא אותו הכח שהיה לו בדין ישראל והוא להביאו לדין והואיל והוא אלם ולא רצה לבא לדין ישראל נותנין רשות לבעל דינו להתדיין בעש״ג שהוא המבוקש אצלו לעמוד עמו בדין ואם האלם יבא ויזכה בערכאות של גוים נפטר ואם יתחייב יפרע ומה שכתבו הרמב״ם זהרב בעל הטורים ז״ל ומציל את שלו בדיני גוים אם יזכה בדין קאמרי אבל כשבא לב״ד ונתחייב ואינו רוצה לקיים גזרת דייני ישראל לפרוע לב״א אותו הכח שהי״ל לשכנגדו בדין ישראל להכריחו שיפרע לו ולירד בנכסיו נותנין לו ב״ד שיכריחנו ע״י דייני גוים לפרוע ונותנין לו עדים להעיד כנגדו כדי שיפרע מה שחייבוהו ב״ד

פעתה מה שהשיב החכם השלם המורה דדינא הכי דנותנין בידו פסק דין לא כיון להלכה שאין נותנין לו פסק דינו שחייב כ״ש שאין נותנין לו עדים ודואה אני שאפי׳ מה שהשיב שנותנין לו רשות ללכת לעש״ג לא דק במאמרו מכמה טעמי חדא שלא כתבו הרמב״ם והרב בעל הטורים כן אלא דוקא באלם שרואין ב״ד שאין תקומה לגבות ממנו בדייני ישראל וכגון שהתרו בו פעמי׳ שלש ולא הטה אזן וכדרך שכתבו רב שרירא והמרדכי בחלוקא דהיכא דנתחייב בב״ד ולא רצה לפרוע שמתרין בו התראה מפורסמת ורב שרירא גאון ז״ל כתב שהמנהג לעכב ג׳ פעמים בבה״כ כו׳ וה״ה בזה שאינו רוצה לבא לב״ד שקודם נתינת הרשו׳ לבעל דינו להוליכו לעש״ג מתירין בו התראה מפורסמת שאם לא ישמע לקול מורים ויבא לפני ב״ד יתנו לו רשות ללכת לעש״ג מה שאין כן בנדון

שלפנינו דתכף ומיד שבא השליח לפני ב״ד ואמר שאינו רוצה לבא לפני הב״ד ככי דברי החכם המרבין תורה נתן גורם ביד הבעל שיכול ליבא אחרת ועוד דלא כתבו הרמב״ם והרב בעל הטורי׳ ז״ל כן אלא דוקא כשנתברר לנו ע״פי עדי׳ ברורי׳ שהוא אלם ואינו רוצה לבא לב״ד אבל על פי ע״א ואפי׳ שליח ב״ד לא מהימן להוציא ממון על פיו

וראיה לדבר שהא דאמרינן בפרק הגוזל בתרא אמר רבא שליחא דבי דינא מהימן כבי תרי וה״מ לשמתא אבל לפתיחא לא מ״ט ממונא הוא דמחסר ליה דבעי מיתב זוזי אספרא ופרש״י ז״ל פתיחא שטר שמתא ומשרו ליה שמתא לא שרי ליה עד דיהיב זוזי דפתיחא לספרא ע״כ הנה מבואר מכאן דאין שליח ב״ד נאמן לאפוקי ממונא וא״כ איך נתיר ע״פי השליח ב״ד שהוא אחד ללכת לעש״ג דאולי יתחייב במה שלא היה חייב בדיני ישראל וכגון שהוא מודה בהלוא׳ דבדיננו נאמן לומר פרעתי ובדיניהם צריך להביא עידי פרעון או ראיה הא לא קשיא דהתם הוא נתן אלבע בין שינין שלא רצה לבא לב״ד של ישראל ובמדה שמדד בה מודדין אותו ואין סברא לפטרו שלא כלום דאולי הדין עם התובע שחייב לו האלם אבל בכאן שאנו באים לפטרו מטעם שאין השליח נאמן ליכא למימר הכי דכיון דחששא שלנו דשליח לא מהימן ואולי מעולם לא נשמע לבא לב״ד איך נתן רשות על פי השליח שהוא להוציא ממנו ממון וזה פשוט בעיני ומאחר שנתברר שהשליח לא מהימן לאפוקי ממונא אמר מעתה שמה שנתן החכם השלם המורה פתקא ביד הבעל שישא אשה אחרת ע״פי השליח ב״ד אפי׳ לפי דבריו זו אינה תורה וכמ״ש דאע״ג דבנדון שלפנינו אין התביע׳ בדבר שבממון עליף מיכר שבממון מכמה טעמי חדא משום דאם בממון השליח אינו נאמן כ״ש שאינו נאמן להעביר הבעל על שבועתו וחרם דרגמ״ה. אי משום דכיא מפסדת מזונות כמ״ש הרא״ש ז״ל בח״א סי׳ ל׳ ומהר״א ששון ז״ל בסי׳ נ״ד וכ״ה שכתבו שאם רוצה לגרש באיזו טענה שאינו נאמן עליהם והיא אינה רוצה ואינו יכול לגרשה מחמת תקנת הקהלות שאינו חייב במזונותיה ונראה לי שה״ה שאינו חייב בכסותה ואף שהרא״ש ז״ל בתשובה כלל מ״ב סי׳ א׳ הביאה הרב בב״י בטור א״ה סי׳ קי״ז ס״ט ומהר״ס מפדוה ז״ל סי׳ י״ד והרב בעל ת״י סי׳ קל״ט ומהר״ך ז״ל ח״ב סוף סי׳ ל״ו נראה שחולקים על זה כמו שהוכחתי בספרי ספר כנסת הגדולה חלק א״ה מ״מ כיון דאיכא פלוגת׳ דרבוות׳ הבעל הוא המוחזק ואינו חייב במזונות ואי משום דלא יחסר בנדון זה להיות האשה מפסדת משכי כתובתה והעד על זה שהחכם השלם המרבין תורה הושיב דיינים עלוה על ענין תביעת הכתובה

סימן יח

ומה שבא בשאלה שהחכם השלם המרבין תורה שדן את הדין בלי שמוע טענות הכתות זה בפני זה אם דינו דין וא״ת״ל שאין דינו דין אם יכול הוא לחזור ולדונו אחר שמוע טענותיהם לע״ד נראה שאין דינו דין ואינו יכול לחזור ולדונו אחר שמוע טענותיהם גרסינן בפרק שבועת העדות מניין לדיין שלא ישמע דברי בעל דין חברו קודם שיבא בע״ד חברו ת״ל מדבר שקר תרחק וכתבו הרד״ך ז״ל בבית כ״ו והרש״ס חלק י״ד סי׳ קנ״ג בשם מהר״י כורמון ז״ל והרא״נ״ח ז״ל ח״א סי׳ ר׳ שאיסור זה הוי מדאורייתא והרא״נ״ח ז״ל הכריח שכן דעת התוס׳ והיה נראה דכיון שהאיסור מדאוריית׳ אפי׳ בדיעבד אין דינו דין אלא שראיתי למהריב״ל ז״ל בח״ג סי׳ כ״ו ולהרש״ס ז״ל בחלק ח״מ סי׳ ב׳ כתבו דאינו אלא לכתחלה אבל בדיעבד דינו דין ושיהו בנדון שלפנינו לא פעלה

שעלה ולא מוריד דלא כתבו הרבני' ז"ל כן אלא דוקא כשקודם שדן את הדין שמע טענו' הבעל דין השני אלא דעבר איסור ששמע דברי האחד קודם שיבא חברו אבל אם קודם שמוע טענות בעל דין השני דן את הדין וזיכה וחייב הא ודאי פשיטא שאין דינו דין ואפי' בדיעבד והכתוב צוח שמוע בין אחיכם וכן מצאתי בס"י בתשובה להרא"ר"ב ז"ל סימן פ"ז (הגה"ה אחר זה נדפסו תשובות הרב ז"ל והיא נ"ס בסי' פ"ז ע"כ הגה"ה) כתב אין ספק דאם הדיין לא שמע דברי בעלי דינין שדינו בטל ע"כ ונראה לי דכ"ש אם שמע טענות בע"ד האחד ולא שמע טענות האחר שדינו בטל לגמרי •

ולענין אם יכול לחזור לשמוע טענותיהם ולחזור ולדונו נראה לי שזה תלוי במחלוקת הרבנים מהר"י בירב והרלנ"ח ז"ל בפסק הסמיכה בדיינים שהסכימו בהסכמה אחת רובם שלא מתוך כולם שלדעת הרלנ"ח ז"ל וסיעתו שסובר שאפי' יחזרו וישאו ויתנו כולם כל שעומדים בסברתם הראשו' אין הסכמתם קיימת ה"ה הכא שאינו יכול לחזור לדונו ולדעת הרב מהר"י בירב ז"ל שיש מי שאומר והוא הרא"ר"ב ז"ל בתשובה הנז' שחולק על הרלנ"ח ז"ל וסובר שאם ישאו ויתנו כולם אפי' אם עומדים בסברתם הראשונה הולכין אחר הרוב ה"ה שיכול לחזור ולדונו ולדעת הרלנ"ח ז"ל הסכימו משפטי שמואל בסי' פ"ב ומשפט צדק בח"ב סי' ד' וכן נראה הסכמת מהר"א ששון ז"ל בסי' ע"א ומורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סי' ע"ט כתב דאף מהר"י בירב ז"ל מודה להרלנ"ח ז"ל בזה ועוד אני אומר דאפי' לדעת הרא"ר"ב ז"ל שחולק מהר"י בירב על הרלנ"ח ז"ל באותו הנדון שלהם בנדון שלנו יודה הרב מהר"י בירב ז"ל דע"כ לא קאמר הרב ז"ל דיכולין לחזור ולהצטרף ואם יעמדו בסברתם הולכין אחר הרוב אלא דוקא בדיינים רבים שהדין נחתך על פי הרוב דעדיין איפשר דאם המיעוט יאמרו טעמא דמסתבר יחזרו מסברתם ואם לא חזרו ודאי שרוב שמה שפסקו הוא הדין היושר אבל בנדון שלפנינו שהוא דן יחידי לא שייך לומר הכי אבל ראיתי להרא"רב ז"ל בסי' הנז' דאף הרלנ"ח ז"ל החולק שם בכאן יודה דיכול לחזור ולדונו משום דלא כשיפא להו מילתא ועדיין איפשר לומר דלא כתב הרב ז"ל אלא דוקא בנדון שלו שלא שמע שום טענה משני בעלי הדינין אבל בנדון שלנו ששמע טענות בעל דין האחד ולא שמע טענות בעל דין האחר וע"פי הטענות ששמע מהא' דן את הדין איפשר דאינו יכול לחזור לדונו

ועוד אני מגמגם בזה ממה שראיתי להרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' כ' כתב שחכם שעיין בדין א' וכתב עליו פסק דאינו יכול להיות דיין אפי' בשותפות עם אחר כי הוא נוגע בדבר וכתוב בספר פנים חדשות שלדברי הרשד"ם ז"ל כתוב בספר באר שבע דף קט"ו ובנדון שלנו שדן את הדין ונתן גזרה שוב אינו יכול לדונו ואע"פי שמהריב"ל ז"ל בח"ג סי' פ"ז חולק וסובר דיכול להיות דיין וכתב מהרש"ח ז"ל בביאורו לח"מ סי' י"ז שכן דעת מהר"י בירב והרלנ"ח ז"ל וגם הוא ז"ל סובר כן מ"מ מידי מחלוקת אינו יוצא ועוד שלע"ד נראה שמה שהכריע מהרש"ח שדעת מהר"י בירב והרלנ"ח ז"ל כדעת מהריב"ל ז"ל איני רואה שום הכרח כפי הלשון שהעתיק מהרש"ח ז"ל שתשובות הרלנ"ח ז"ל אינם בידי כעת לראות הדברים במקומם אבל כפי מה שהעתיק דבריהם מהרש"ח ז"ל איני רואה שום דבר מגלה לסברת מהרשד"ם שלא כתב הרשד"ם ז"ל שאינו יכול להיות דיין אלא דוקא לאותם בעלי דינים עצמם ששאל לאחד מהם והשיב אבל להיות דיין בדין זה לבעלי דינים אחרים והוא הדין שהסכימו הרלנ"ח ומה"רי בירב ז"ל הא ודאי פשיטא דמודה הרשד"ם ז"ל שיכול לדונו דא"כ לא מצינו שום חכם שידון פעם שניה בדינים נהוגים ביותר ושעשים בכל יום שעל דין א' כותבין כל חכמי העיר ודנין אותו היעלה על לב אנוש שפעם אחרת יצטרכו ללכת חוץ לעיר אחרת לידון זה אינו עולה בדעת ותמה על עצמך הרשד"ם ז"ל גופיה שהיה דיין מומחה ומפורסם וקבץ יותר מאלף תשובות הנחבר שבכל אותן תשובות שכתב לא היה יכול להיות דיין מי יאמין לשמועה ולכן עיקרן של דברים שלא הסכימו הרבנים שיכול להיות דיין אלא לבעלי דינין אחרים לא לבעלי דינין עצמם והחבל שבין הנושאין מבואר דכשהוא לדון לאותם בעלי דינין עצמם מיפסיל משום דכשכתב פסק לא' מבעלי דינים הוי כשומע טענות בעל דין האחד קודם שיבא בעל דין חבירו ודן בלתי שמוע טענות בעל דין האחר וזה לא שייך כשהם בעלי דינים אחרים ועוד אני אומר דע"כ לא מכשר מהריב"ל ז"ל אלא דוקא בנדון שלו שלא היה דיין מקובל לשתי הכתות אלא שנשאל דרך שאלה ואחר זמן בא הדין לפניו אבל בנדון הזה שמקובל הדיין לשתי הכתות בלתי שמוע הטענות אינו יכול לחזור לדונו וכן חילק הרשד"ם ז"ל בחלק י"ד סי' קכ"ג בענין איסור שמיעת בעל דין קודם שיבא בע"ד חבירו ועוד אני אומר שמחלוקת הרבנים הללו אינו אלא בדיין שדן דין אמת ע"פי הטענות ששמע מבע"ד האחד אבל אם אפי' לפי טענות בע"ד הראשון לאו דינא הכי וכמ"ש מילתא דפשיטא הוא דאינו יכול לדון בדין זה כלל דהשתא איכא טעמא דכשיפי' ליה מילתא לחזור מסברתו וכמו שזה מתבאר מתשו' הרא"ר"ב ז"ל הנז' וכ"ש בנדון שלפנינו שכל עמא ידעין והזקנים שקנו חכמה עדים שהחכם השלם המורה אוחז במדת הקינטור והניצוח ולא אמר דבר הטעה היא אם רעה וחזר לאחורין ומעייל נפשיה בקופא דמחטא להעמיד דברין ולא ישוב מפני כל הלא אלהים יחקר זאת אם לבי הלך אנה ואנה לנטות על איזה פניה כי אם מה שהוא דבר אמת לאמתו אותו אדבר •

סימן יט

ומה שבא בשאלה שהחכם השלם גזר אומר שפ' ופ' יהיו דיינים בדבר הזה והבעלי דינין אומרים שלהחכם השלם המרביץ תורה מחוייבים הם לעמוד בדינו לא לדיינים שהוא בורר אם יש כח לבעלי דינין לטעון כן זה לא ניתן להשאל דודאי אם הוא דבר שראוי לידון על פי התורה אם אין הבעלי דינים מתרצים באותם הנבררים אין כח ביד החכם להכריחם על זה שלא קבלוהו אלא לקבל דינו שימנה אחרים לדיינים אמנם אם הדין הזה אינו תלוי בדין תורה אלא בדין הסוחרים ובמנהגם יש כח ביד החכם המקובל עליהם לגזור שפ' ופ' הסוחרים ידונו בדין זה על פי מנהג הסוחרים ושמעתי שהחכם השלם מרביץ תורה משיב על כל זה אין אחר המעשה כלום כבר נחתמה הגזרה מקטני אמנה אני בדבר זה שאיני מאמין שחכם זקן ומרביץ תורה לא ידע הדין פשוט שאפי' דיין מומחה וקבלוהו עליהם כל שטעה בדבר משנה חוזר שאין כאן דין כלל ואפי' טעה בשקול הדעת פסק הרב ז"ל בספרו הקצר כהרי"ף והרמב"ם ז"ל דחוזר הדין

כלל הדברים שמה שדן החכם השלם המרביץ תורה ונתן פתקא ביד הבעל שיכול לישא אחרת מפני שלא אחרי' לבא לב"ד ולא בא הוא טעות בדבר משנה וחוזר הדין והוא אינו יכול לחזור לדונו מפני שדן בלתי שמוע טענות שני הבעלי דינים הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ד

לטופי העיר של הק"ק של איזמיר יע"א תמוז התכ"ג

יום כ' נתקבלו וקבלנו עדות על דברים מכוערים והעידה לחה עם כלתה רחל שרחו לפלוני עם פלונית דברים המכוערים ובפרטות העידו שלילה א' ראו לפ' שנכנס במטת פלונית והיא היתה לבושה בשגטארי לבד וביני ביני נתבלבלה העיד מדבר בעיר יהלוך ונשנו על א' ההרים בכפר הנקרא בונגאר בשמי' ובא בחור אחד והושבנו כ"ר והעיד בפני ובפני החכם השלם כמה"ר שלמה אלגאזי נר"ו ובפני ת"ח אחרים אחר האיום והגזום והטלנו חרם שיגיד האמת ואיך פ' הנז' יום א' היה משתגע עם פ' ונשקה על בוארה והיה אותו פ' יושב בבית פלונית הנטענת ונזרנו שם' שעקור דירתו מבית פ' וכן עשה וקבל עליו את הדין אחר קלת ימים נכנס בהם רוח שטות וערערן על הדבר שהכל שקר וכזב ושלא מדעתי הושיבו ב"ד שאינ' הגונ' ולא בקיאי' וכפי דבריהם אמרו שהבחור הנז' חזר ואמר שמה שהעיד היה שקר ושפלונית היא תאשה שהעידה שראה לפ' שנכנס במטת פלונית שאת הדברים כפיו ותירא אותה העיר מה שהעיד אבל הכל היה שקר וכזב שהוא לא ראה כלום ממה שהעיד וכשמעתי חרה לי מאד על הבחור הנז' איך הגיד וחזר והגיד כחשבי שמה שנעשה במעשה ב"ד האחרון הוא אמת ויליב לעת ערב בא הבחור לכפר בונגאר בשמ"י הלוך וצעוק על העדים שקבלו העדות ועל האנשים הנז' שכפוהו ללכת לפני אותו הב"ד שהוא לא היה רוצה ללכת לפני אותו הב"ד שהיה מנוי על כך כי אם על דיני ממונות ולא היה מנוי על איסור והתר ודיני גיטין וקדושין ושהוא אין לו שום חיוב לבא כי אם לפנינו שהדבר הזה מוטל עלינו אבל הם כפוהו בהנזמות והכחרות ואיומים עד שהוליכוהו לפני הב"ד הנז' ואף כשעמדו לפניהם לא היו דבריו כי אם מה שהעדתי לפני ב"ד פ' כבר העידתי והוא האמת והם כתבו והעידו שחזר מעדותו ואמר שמה שהעיד בראשונה היה שקר ועם שהבחור הנז' אינו נאמן להכחיש את הב"ד שאלתי את פיו ועתה מה אתה אומר ואמר ככחי אז כחי עתה ומה שהעדתי בעדות הראשון הוא אמת והושבתי ב"ד וחזרתי וקבלתי העדות ואמר שכל הדברים שאמר בעדות הראשון הם אמת וחזר ואמרן בפני ב"ד כדמותן כצלמן כמו שהעיד בראשונה לא חסר כלום אלא שהב"ד השני טען י"א טעיות ואלו הן

א מאחר שנתקבל העדות פעם אחת שוב אין העד חוזר ומגיד ואם משום שלא חתמו בקבלת העדות כי אם שנים דמי הב"ד השני כמאן דלא גמיר שמעתתא דמאחר שנתקבל העדות בג' אחר האיום והגזום וקבלת חומרא מה איכפת לנו אם לא חתמו אלא שנים אטו בכתיבה תליא מילתא בקבלת העדות תליא מילתא כיון דנתקבל בפני ג' אע"פ שלא חתמו ג' אלא שנים בלשון עדות מפני שהשאר לא רצו לחתום מפני שהיו בעלי מחשבות לא נפיק מקבל' עדות ואטו אם ג' יקבלו עדות כדינו ולא נכתב אותו קבלת עדות אלא על פה לא ידונו ע"פ קבלת אותו עדות זו לא אמר אדם מעולם

ב' הטעות השני הן לו יהי כדבריהם שהעדות הראשון לא נתקבל אלא בשנים לא כתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל דאין שנים רשאים לקבל עדות ואם קבלו לא עשו ולא כלום אלא דוקא כפי סברתם שסוברים דשנים שדנו אין דיניהם דין אבל למ"ד דהלכה כשמואל דשנים שדנו דיניהם דין אף בקבל' עדות אם יקבלו בדיעבד בשני' אם בממון יכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דשנים שדנו דיניהם דין ודאי בורא אולינן לחומרא על הדרך שכתבו מהריב"ל ומיעתו ז"ל דעדות שנתקבל שלא בפני בע"ד כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא כממונ' אוקי ממונא בחזקת מריה ובאיסורא אזלינן לחומרא והכא בנ"ל ההפרשה שעשינו היא חומרא וכ"ש שכבר נעשית ההפרשה על פי חכמים והסכמת הממונים כדבעינן למכתב קמן ׃

ג' שאמרו דכיון דעדו' זה נתקבל שלא בפני בע"ד שיכולין העדים לחזור בהם ולא ידעו ולא יבינו דלא בעינן שתקובל העדות בפני בע"ד אלא בבאים לחייב או לענוש על פי אותה העדו' אבל לאפרושי מאיסור לא בעינן בפני בע"ד לכ"ע ומגדולי המורים אמרו דעדות גיטין אינו צריך שתקובל בפני בעל דין דכ"ע בעלי דבר ניהו כיון דהוי לאפרושי מאיסורא וכ"ש בנדון זה דהוי לאפרושי ממש מאיסורא ׃

ד' דכיון דאיכא פלוגתא מרבוות' ואיכא למ"ד דאפי' נתקבל שלא בפני בע"ד בדיעבד עדותן עדות באיסורא ודאי אזלינן לחומרא וכמ"ש מהר"ם ומהר"ם אלבילדא והרא"נ"ת והרא"ד"ב ומשפט צדק ובנדון הלז שאין כאן שום עדו' לענשם או לפוסלם לעדות או להפרישה מבעלה אלא להפרישת שהנטען חומרא היא וכ"ש שכבר נעשית ההפרשה וכדבעי' למכתב קמן

ה' דאפי' למ"ד דעדות שנתקבל שלא בפני בע"ד אינו עדות היינו דוקא לדון ע"פ אותה עדות לכתחלת אבל אם כבר נפסק הדין ע"פ אותה עדות עדותן קיימת כמ"ש מהר"ם מטרני ז"ל ואם בממון שהוציא מיד המוחזק כך כ"ש באיסורא ולאפרושי מאיסורא טוב וישר בעיני אלהים ואדם ובנדון הלז שכבר נעשה ההפרשה ע"פ גזרת החכמים והסכמת הממונים הי"ו והפרישוה מי פתי יסור הנה לחזור ולקבל העדות בפני דיינים שאינם מומחים שאינן יודעין בטיב קבלת עדות כדבעינן למכתב קמן

ו' אפי' ניחא דזה מיקרי עדות שנתקבל שלא בפני בע"ד מה הועילו בתקנתם לחזור ולקבלו בפני הנטען כיון דלא נתקבל נ"כ בפני הנטענת דאפי' אם והיה העד מעיד כבראשונה לא היו יכולין לענוש הנטענת כיון שלא נתקבל בפניה לדעתם שצריך שתקובל בפני בע"ד

ז' דכיון דנתקבל העדות הראשון ע"פ החרם אע"פ שלא היו מקבלין אותו בפני ג' אלא בפני שנים אם חזרו בהם אינן נאמנין לדעת הריב"ש ז"ל ואפי' אם ימצא חולק עליו מטעם ש"ם אין בחזרתן כלום ספק אם הלכה כמ"ד דעדות שנתקבל שלא בפני בע"ד עדותן עדות ואת"ל דלא הוי עדות שמא הלכה כהריב"ש ז"ל דאם העידו מכח החרם אין יכולין לחזור בהם כמ"ש בעל משפט צדק

ח' שעיקרא דדינא דאפי' בד"ת ובאים לחייבם או לענשם כל שאין הב"ד בעיר במקום שיכולים להעיד בפניהם לכ"ע מקבלין שלא בפני בע"ד כמ"ש הרשב"א ז"ל ׃

ט' כיון דהעד חזר בו בפעם ג' ממה שהעיד בפעם שניה חזרתו חזרה שאפי' בפעם שניה לא נתקבל העדות בפני האשה וא"כ מש"כ העדות השניה אינו כלום דאם הלכה כמ"ד דעדות שנתקבל שלא בפני בע"ד הוי עדות מה שחזר בו בפעם שניה אין חזרתו כלום דכיון דהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואם אינו עדות ויכול לחזור בו הרי חזר בו בפעם ג' ממה שהעיד בפעם שניה כמו שכתב מהר"י אדרבי ז"ל

י' אחרי התבאר שמקבלי עדות הלז שנו ברוחב וסטו כמה טעיות קבלת העדות בפניהם כמאן דליתיה דמי דהלכה דוחת קבלת עדות בג' ומומחין יודעין בדיני קבלת עדות

ומאחר

ומאחר דהם טעו כמה טעיות דאפי' דרדקי דבי רב אינם טועים בכך אין השמחתם שלאלו וראה מהב"ף הנז' לשעבר טעה וקבל עדות בלילה עם שנים אחרים ולא בקיאי ויראה דאפי' לה"ד דאם קובלה עדות בדיעבד בג' הדיוטות דכין על פין הכא גריע מב"ד הדיוטות שטעו בהווה •

י"א גדול מכלם שלא יטעה בו תנוק בן יומו ואפילו לשון הרב בעל המפה ז"ל נתעלם מהם שב"ד הנז' עם כ"ד הראשון התרעמו איך קבלו עדות עד אחד שבעדוה ולא גערו במעיד כי הא דאיתא בפרק ערבי פסחים דטוביה חטא ואשהיד זיגוד עליה ונגדיה רבא מפני שהעיד יחידי ולו חכמו ישכילו שהב"ד הראשון לא נתעלם להם דבר זה שאפילו תינוקות של בית רבן יודעים אותו אבל להם נתעלם מקור הדין ולכן טעו בפשיטות דאיתא בקידושין פ' האומר ההוא שמיא דהוה מסדר מתניתא קמיה דשמואל יומא חד גנה ולא אתא אמר אשתו זינתה בע"א אמר ליה שמואל אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ואי לא לא ומקשו הכא למה לא הלקה שמואל לאותו העד שהעיד יחידי גם בפרק הכותב אמרה בת רב חסדא קמיה דרבא ידענא בהאי איתתא דחשידא אשבועתא והמנה רבא ואפקה לשבנגדה ולא מצינו שגער רבא באשתו על היותה מעידה ורק היא יחידה אלא שהדברים ברורים דהיא דטוביה חטא בא להעיד עליו שעבר עבירה ובא לפסלו או להלקותו ולזה נגדיה רבא דכיון דאינו נאמן לפסלא או להלקותו משום דהוי ע"א שוס ביש הוא דמפקת עליו אבל ההיא דההוא שמיא ובת רב חסדא בוי לאפרושי מאיסורא בההוא שמיא להוציאה מבעלה שאסורה עליו כיון שזינתה תחתיו ובת רב חסדא כדי שלא תשבע האשה על שקר וכמ"ש הסמ"ג בלאוין רי"ג והגהות מיימוניות פ"ר מהלכות עדות והרב בעל המפה בחו"מ ריש סי' כ"ח אלו הן הטעיות שטעו בקבלת עדות זו השניה וסימניך אחד עשר ילדי"ן

סימן כ"א

שאלוניקי כשלו התכ"ה להחכם הנעלה כמה"ר דניאל גירואשי נר"ו

אור עולם לגלות כל נעלם מי הקשה אלין ויאשם הלבני ישראל תפארת גולת אריאל הלא הוא הרב הכולל ענותן כהלל אין גומרין עליו את ההלל כמה"רר חיים בנבנשת נר"ו יאיר לעולם ככוכבים בהלם אכי"ר אחרי הקידה וההשתחויה כדין וכשורה באתי ללמוד ממורי הרב נר"ו שהו דעתו בדין זה וז"ל השאלה • ראובן נשיא הקהל היה חייב ממון להקדש הקהל ונפטר וחיי למורי נר"ו ולכל ישראל שבק והקהל תובעין הממון מן היורשים ואין שם עדים כי אם מיחידי הקהל הודיענו רבינו אם הם נוגעים בעדותם או לא וזאת תשובתי אם ירצה בעיני מורי נר"ו

תשובה אם סלקו בני הקהל עצמם מהגאה הנאה יכולים להעיד וראיה לזה מסוגיא דפרק חזקת הבתים דף מ"ג וכי מסלק נפשיה מי מסתלק והתניא בני העיר שנגנב ס"ת שלהם אין דנין כו' עד שאני ספר תורה דלשמיעה קאי ופריך ת"ש האומר תנו מנה לעניי עירי כו' וכתבו התוס' שם והרא"ש ז"ל בפסקיו וז"ל הרא"ש ז"ל אבל מידי דהכו מסלקי מסלקי ודייני ומסהדי וכן הלכה ואע"ג דבעיא תחלתו וסופו בכשרות היינו בפסול הגוף אבל בפסול ממון לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ע"כ הרי בהדיא דאי מסלקי עצמם לא הוו נוגעים

אבל יראה דזה א"א לפי שראיתי בהגהות מיימוניות פט"ו מהלכות עדות וז"ל אמנם רבינו ברוך איש תרומות אינו מחלק בין עדות ממון לשאר דברים אלא לכל עדות פסולים וכן התוס' עד כ"ש עתה שדברי ר"ב ע"כ הרי דלא מצינו זכות לק"ק ואוב אדרביה ראיתי לתרץ למה שהקשה מהרא"ב שם בפרק הנז' על הריב"ה ז"ל והוא שאכשר לומר שמה שדחקו להריב"ה ז"ל לפרש כן הוא משום הכרח דאלת"ה מאי פריך הגמרא אי דקיץ להו ליתבו בי תרי מינייהו מאי דקיץ להו ולדיינו אה"נ דהוי דינא הכי אם היו רוצים אבל הכא איירי שאינם רוצים להפסיד זכותם מאותו מנה אבל השתא נותנים בעדם מאי דקייץ להו כדי שיתחלו חלקם מאותה הנאה שעושים להם שנותני' בעדם ידונו לזכות' שהרי תמורת זה מחלו חלקם ופירש כן בדיינים מפני שהדייני' הם מועטים והוא רחוק שימצא בתוכם שרוצים להפסיד זכותם כיון דהוו רבים ולכך פי' כהרמב"ם והוא דוחק ואין כידי ספרו הנכבד כנסת הגדולה לראות בו מ"ש בזה מורי נר"ו

ואחזור לנ"ד ואומר דממ"ש הרשב"א ז"ל בסימן תתי"א משם יראה שיש זכות לבני הקהל וז"ל האמת כך הוא וכא ורגה בכל קהלות הקדש שאין מביאים עדים ממדינה למדינה להעיד כו' יע"ש וכן הביא למעשה ראיה מדברין הרשד"ם ז"ל בספרו י"ד סימן קע"ב וכן מהרש"ך בח"ב סי' קי"ח וכ"כ הריב"ש ז"ל משם הרמב"ן והרשב"א ז"ל בסוף סי' קס"ח וז"ל ומה שאמרת כנגד הטענה שטוען היורש לבטל הצואה מפני שא' מן העדים חזן וסופר הקהל והוי נוגע בעדות בענין ההקדש יפה אמרת כו' וכן הביא ראיה למעשה מדבריו מהרשד"ם ז"ל בסימן הנז' וכ"ש אם אותו חילוק שכתב מהרש"ך ז"ל בסימן הנז' שבנ"ד נמי אינם באים בני הקהל לזכות בהקדש אלא להוציאו ובנ"ד הוי יותר מגזבר כיון דראובן היה נשיא הקהל והוא היה ממונה על הגזברים והיה נושא ונותן עמהם

והנה ק"ל בדברי מהרשד"ם ז"ל בסימן הנז' שכתב וז"ל עוד מטעם אחר די בעדות האנשים השלמים שהרי כתב הרא"ש ז"ל דמועיל סילוק כו' והוא דמה בכך שהרי המוחזק יכול לומר קים לי כמ"ד דסילוק אינו מועיל להם וכ"ת דקא סמיך הרב ז"ל למ"ש הרב ב"י סימן ל"ג ולכך ליכא למיחש להאי סברא לכי דקשיא ליה זה א"א לומר שהם ז"ל הוו מתרבי לה וכודאי הגמור שלא נעלם מהם קושיא זו •

איברא שאח"כ מצאתי בספרו א"ה סימן כ"ג שיראה שעל סברא דחויה לא אמרינן קים לי וכן יראה ממ"ש מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' רל"ו ושמעתי שהבאים אחריה' דנגו בזה ואחר החיפוש מצאתי למהרא"ח בסימן ס"ב כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כהנהו רבוותא שכראה שלא הודה להם בזה • עוד כתב שם וז"ל הן אמת שהרא"ש ז"ל שם דחה סברת הר"ש ז"ל ובאמת שצריך יבוב איך יתרץ הר"ש ז"ל אותה ראיה שהביא הרא"ש ז"ל ואפי' לדברי התוס' כו' עד הא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ע"כ

ולעד"ן לייסב בדוחק דמ"ש שותפין מעידין זה על זה הוי דוקא בפיסול ממון אבל בפיסול הגוף מודה שמואל דבעינן תחלתו וסופו בכשרות והכי פריך סתמא דתלמודא לדידך שמואל דסברת דסילוק מועיל לגבי עדות בפיסול ממון יועיל נמי לגבי דיינות דלדידי' תחלתו וסופו בכשרות בעינן בעדות אפי' בפיסול ממון וליכא לאתמוהי על מה כי שקיל וטרי ס"ת ד"ת בהא דשמואל ואין הלכה כוותיה כי כן אשכחן בכמה דוכתיה וא' מהם בפרק האומנין דף

ע"כ בההיא פלוגתא דשמואל ורב ור"י וכמ"ש בסתלק הכרח
הרא"ש ז"ל ומתורץ נמי הקושיא השניה שהקשה ז"ל דלעיל
לא מצי למיפרך התוס' לפי דאיכא לדחויי דשמואל איירי
בפיסול ממון אבל השתא דהוה ס"ד דתלמודא דפריך ומשמע
שאם יסלקו כי תרי דביתא ליה הקשו התוס' והא בעינן כו'
ודוחק לומר דמאי דביתא ליה הוא אליבא דשמואל דהכי הו"ל
למימר לכיכך לדידך לשלקו בי תרי ולתרץ ההכרח שהכריח
מהר"ם ז"ל והוא דלא משתמיט חד מינייהו למימר ולשלקו
בי תרי ולשהדו אפשר לומר דלגבי עדות פריך וה"ה משאי
דסליק מיניה תנא דכרייתא וה"ה גבי דיינות והכי פריך
היינו אמר התנא דאין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר
לשלקו שנים מינייהו ר"ל ויבואו לתת עדות ויהיו כרוגים בני
העיר עם התובע ומלת ולדיינו קאי לנתבע עם התובעים
ר"ל יבואו לדין ויהיו כרוגים והוי מלת ולדיינו פועל עומד
ולא פועל יוצא לאחרים כמו מלת ולסלקו ואם יאמר אומר
שא"כ הי"ל לומר ונדיינו או נאמר דסתמא דתלמודא נקט מאי
דהתחיל כברייתא וכמו שתירץ הרא"ש ז"ל בתשובותיו ושהדי
במרומים שאני תירצתיהו תירוץ זה קודם שראיתי בתשובות
כלל נ"ח סי' א'

עוד הקשה הרב ז"ל וז"ל ויש לדקדק בדבריהם שנראה
מפרק בא סי' דמאי דפריך בגמ' ולשלקו קאי
אדיינים עד ואם אינם מומחים תלתא בעי עכ"ל וקושיא זו
הקשה אותה הרב מהר"י בארקי ז"ל והיא כתובה בספר
מורה צדק בסי' ל"ג ולי נראה לתרץ דלעולם איירי במומחים
ומאי דנקט תרי משום דתרי כאמנים לעולם לומר כך שפסקו
את הדין כמ"ש הרא"ש ז"ל כלל כ"ו סי' ו' וכלל ו' סי' י"ד איך
שיהיה

ואומר שכן מצאתי למהרא"נ"ח ז"ל בח"א סי' ק"ג דס"ל
דיכול הנתבע לומר קים לי כמהר"ם ודעמיה
וראיתי שם שייסב שמעתתא אליבייהו אבל יש לי קצת דקדוק
בדבריו שא"כ הוא כמ"ש הוא ז"ל כשפריך סתמא דתלמודא
וכי תסלק נכסי' מינייהו מי מיפתל' משמע דסובר דאינו יכול
להסתלק אף על פי שהוא כעדות שראה אחר שכתב לה דין
ודברים כו' שם הי"ל לתוס' לאקשויי קושיא עצומה וגזית
שהרי אמרינן בפרק י"נ דתחלתו וסופו בכשרות בעי וה"נ
הוי תחילתו וסופו בכשרות

עוד ראיתי לשום לב בה"ג מהרש"ס ז"ל בסימן הנז'
וז"ל וקרוב לזה כתב הרא"ש ז"ל כלל ה' סימן ד'
שהי"ל לומר וכ"כ הרא"ש ז"ל או וכן נראה שאם הוא מבין
האי להעיד על ענייניהם שכתב הרא"ש ז"ל לאו בהקדשות
קאמר אלא דומיא דתקנות והסכמות א"כ ראיה כנגדו הוא
מכיון ואם הוא מבין שגם בהקדשות קאמר הי"ל לומר כמאי
דכתיבנא ע"כ נראה לומר בדוחק שגם בהקדשות קאמר
והוא כסברת הרשב"א אלא דאיכא קצת הפרש שלהרשב"א ז"ל
כהגנו שאין מביאין עדים ממדינה אחרת ולהרא"ש ז"ל נהגו
לקבלם להעיד והמדקדק הטב ימצא בלישנא דהרא"ש כן לפי
דהי"ל לומר הכי אלא מביאים עליהם כמו שהתחיל בתחלת
לשונו או היה לו לקצר ולמימר הכי מנהג פשוט בכל ישראל
שאין מביאין כו' אלא עידי העיר כו' וע"כ כתב הרב ז"ל
וקרוב לזה וכמ"ש לע"ד נראה שנחה שקטה אות' הקושיא
הכתובה בחלק הנז' ממהרא"נ"ח ז"ל סימן כ"ט וז"ל ואין לומר
כיון דמסיים שקבלום עליהם שצריך שיקבלם כו' עד וזה
אפילו לעדות כו' והוא שכונת הרא"ש ז"ל היא הכי מנהג
פשוט בכל ישראל כו' אלא שנהגו לקבלם עליהם להעיד כו'
ומ"ש וכשרים אפי' לקרובים כיון שקבלום אנשי העיר ר"ל כיון
שנהגו לקבלם וה"ה נמי היכא דנהגו להכשירם בלא קבלה
שהוו כשרים אלא מאי דנקיט כיון דקבלום הוא משום שהי"ל
כך גיה ולתרץ כל אותן תשובות שהביא הרב ז"ל שם שנראה
דס"ל להרא"ש ז"ל דבהקדש הוו נוגעים בעדותם אפשר לדחוק
שלפי דינא כתב כן שעדיין לא נתפשט המנהג והא"כ
ראיתי בספר משא מלך בח"ז משפט כ' שכן עלה בדעתו
לומר שאפי' בהקדשות מכשיר הרא"ש ז"ל ותירץ הקושיא
וז"ל ואפשר דהתם לא חשיב כי הם לענין דין תורה כו' עד
ואיך העלים אותו ע"כ לשונו ומהר"ם אלמד בח"א סימן כ"א
הקשה על דבריו וז"ל וקשה מאחר שאין הכרח לדעתו לדעת
הרא"ש ז"ל בין תקנות כו' עד ולפי מ"ש כולם כשרים עכ"ל
ולעד"ן לתרץ שהרב ז"ל לא רצה להקשות משימן כ"ב עם סי'
כ"ה לפי שהתירוץ גלוי וידוע שעל דין כשאל ועל דין תירץ
ואפי' כפי הדין שהקדש אינו כספר שהגבאים או טובי העיר
נאמנים אבל בכלל נ"א כפי הדין איכא כפיה שאם לא ירצו
להסתלק עצמם אינם יכולים להעיד וא"כ איכא לאקשויי למה
העלים אותו כיון שהוא מנהג פשוט

אמנם ק"ל שהי"ל להריב"ש להקשות מסי' כ"ב דבכללות
עם סי' כ"ד עוד הקשה מהר"ם אלמד ז"ל וקשה
עוד על הרא"ש ז"ל מהדיה אדידיה דהנה בכלל ו' אע"פי
שהוא דין כו' עד הרי כתב דהגבאים נאמנים ע"כ ולע"ד
נראה שמה שלא כתב גם שהגבאים כשרים להעיד הוי משום
שאותו הנדון מיירי שהגבאים וטובי העיר אינם יודעי' מאומה
אלא שאותו אדם הקדיש לפני שני יחידי הקהל ובההיא נראה
שהוא כן שאל"כ איך כתוב בשאלה שלעולם לא בא ליד הגזבר
אלא ודאי שאיירי כשאינם יודעים שאם היו יודעים בודאי
דהוו אתי ליד הגזבר

עוד הקשה מהר"ם אלמד ז"ל על מ"ש הריב"ש ז"ל בישוב
ההיא שמעתתא לדעת מהר"ם ודעמיה וזה קצת
לשון הריב"ש ז"ל ועדיין יש לגמגם דבתשובות שכתבתי כבר
נראה שהביא ראיה מכ"ב שכ"כ כו' עד ופריד מדיינים לעדות
מכח הדיינים אלו ע"כ וזה לשון מהר"ם אלמד ז"ל בקיצור וק'
דא"כ להיותם שותפין מהני הסילוק אפי' לעדו' אחר שהממון
הוא שלו א"כ בההיא דס"ת וההיא דיתגו מנה לעניי עירי
דעלייהו פריך בגמ' כו' עד וכן הנ"א כשם מהר"ם עכ"ל ולי
נראה לתרץ דא"כ דה"מ למיפרך ולסהדו נמי כיון דהוי
כשותפין ומאי דלה כריך הכי משום דגלויי לנו דסילוק לא
מהני אלא בדיינות דומייא דדיינים דהוי שותפין אבל אי הוה
פריך ולסהדו נמי הייתי סבורים דסילוק מהני אפי' בעדים
מבעלמא וזו היא כונת מהר"ם ז"ל הכן לבסוף העלה גם
הריב"ש שאין עידי הקהל נאמנים אלא דוקא על תקנות
והסכמות ולא בתביעה שיש לקהל על יחיד מענין המס וכן
נראה מדברי הרשב"א ז"ל וזהו שלא כדעת רבו מהרש"ס ז"ל
וכמ"ש לעיל בשמו

ובמחילה מכבודו אלף אלפי פעמים אומר שמ"ש מדברי
הרשב"א ז"ל א"א שמ"ש הרשב"א ז"ל בסי' תר"פ
ודינו הרב ב"י סוף סי' ל"ז וז"ל ע"כ אנו נוהגין לעולם בכל
ענייני הצבור ואפי' בהקדשות שאם א"א אומר כן מי מעיר
על אותו ההקדש של בני הספרים כו' עוד כתב הרב ז"ל שם
וז"ל אבל המנהג פשוט כפי מה שראיתי בקהלות של כל קהל
בין על ענין המס בין על שאר תקנותיהם ואין מצריכין עדים
מחוץ לקהל א"ב זכינו מכאן נמי ליחידי הקהל על פי עדות
זה שכתב ז"ל שנהגו במקומינו ופוק חזי לכרא שכן עמא דבר
וכן ראיתי שכתב הוהריק"א ז"ל בשלחנו הטהור בהל' עדות
ס"ם ל"ז כלשון הרא"ש ז"ל וז"ל עכשיו נהגו הכל להביא עדים
מהקהל על תקנתם כו' משמע מדבריו שעוד היום המנהג
במקומו עומד

איברא שראיתי בדברי הרלנ"ח ז"ל סי' קל"ד שכתב הכל
בפי

בפי' דינא של גמ' ולא הזכיר כלל תשובת הרשב"א ז"ל וז"ל בענין הדין השני אומר שאותם השני עדים שהעידו כיון שהם מהקהל כו' עד ולהסתלק עצמם אותם השני עדים מזאת ההנאה איני רואה שמועיל כו' עכ"ל משמע דס"ל כמ"ש מהרש"ך וז"ל ועוד דהרשב"א ז"ל אמר שכך המנהג עד שפשט איסורן בכל ישראל כו' עכ"ל אמנם מדברי הרב תלמידו מהרש"ס ז"ל יראה שהמנהג במקומו עומד ממה שהוקשה לו מתשובת הרשב"א ז"ל כמו שנראה בספרו י"ד סימן כ"ז וכיון שמהרש"ס ז"ל ותלמידו מהריב"ע ז"ל כתבו שהמנהג במקומו עומד הכי נקטינן כיון שהם אחרונים ומהרש"ך דבר במקומו שלא היו נוהגים כן אבל אנו רואים במקומינו שכך נוהגים

ועוד הוקשה לי במה שכתב שם מהרש"ך ז"ל וז"ל ותדע דהא התוס' כשהקשו הקושיא דבעינן תחלה וסוף לא הקשו לגבי עיסורלעיל אלא לגבי דיינים משום שנתחזקת להם הקו' שהיה ראוי לתקן הדבר ושלא להקל עד שנצטריכנו ללכת חוץ לעיר כדי שלא נרחק להכשיר פסולים אבל לגבי עדים שאין תקנה אחרת ונמצא זה מפסיד חובו לפחות נוקי ממון אחזקתיה ונבטל זה ע"פי עדות המסולק ומרוחק מכל מיני רחוקים עכ"ל

והדרך זה קשה אצלי והוא דאם מ"ש שמועיל דשותפין מעידין זה על זה הוא משום דאין תקנה אחרת ויש הפסד ממון הרי תנא דברייתא דלא חש לזה דאמר זה הכלל תחלתו וסופו בפסלות פסול ועוד דא"כ במ"ש הרב ז"ל קשה בפרק בא סי' רף ל' דאמאי לא הקשו התוס' גבי מעידין זה לזה שגם התוס' סברי דסילוק אינו מועיל גבי עדות ואיך שיהיה ואחזור לכ"ר ואומ' שנלע"ד שהדין עם בני הקהל ובפרט בפי מה ששמעתי שבכ"ד הגבאים וטובי הקהל יודעים שלות ראובן מהקרם הקהל ואין לי כנאי עתה לעיין בספר משא מלך ח"ו אם היא סברא מוסכמת מהפוסקים שהרבים הוו מוחזקים בפלוגתא דרבוותא וכל זה כתבתי לאחורי שמעתתא ולמעשה לדברי מורי הרב כר"ו וא"י מיחל ושלום תורתו יגדל ולא ידל כנפשו התמימה והרמה וכנפש דורש שלומו עבד נרצע לעבודתו העומד לשרתו נאמן באהבתו ודתו הקטן דניאל בכמה"ר דוד ג'ירסי לבנו החכם השלם כמה"ר ישראל בבכבת נר"ו ד"ש

סימן כב

וזאת תשובתי שהשבתי להחכם הנז'

צורבא מרבנן דמהדרן ליה שמעתתיה החכם הנעלה ידיד נפשי כמה"ר דניאל ג'ירסי ז"ל

הרשום בכתב אמת מכתב גלילי אשבעותיך ראיתי עיני וזה חזיתי נאות ונתת באמונה בדברי הפוסקים המדברים בענין זה ישר כחך ואני אבא אחריך להתענג בידידות אמרותיך ואח"כ אבא לענין פסקא דדינא ראשא דברך הלכת בעד הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ז' ממה שהקשה עליו לח"מ בפ"ט מהלכות עדות והן אמת שלפי דעת הרב ז"ל שם בב"י ומהרש"ח ז"ל שם בביאורו והרב בעל לח"מ בפרק הנז' דפסיקא להו שהרב בעל הטורים ז"ל מפרש פירוש אחר שלא כדברי הרמב"ם מ"ש שהגיעו לרב ז"ל לפרש כן וחלקת בין עדות לדיינות אינו רחוק מצד עצמו אך אמנם הדברים רחוקים שתלמודא נקיט חד לישנא בעדות ובדיינות והרב בעל הטורים יפרש פי' אחד בעדות ופירוש אחר בדיינות זו היא שקשה בפירושו ויש להליץ ולומר דס"ל לרב ז"ל דבגמרא לא עסקי אלא בדיינות דהיא החלוקה הראשונה שבברייתא אבל בעדו' לא משמעי וכדס"ל לרבינו ברוך ושיעתו ז"ל אלא דרבינו ברוך ושיעתו ז"ל ס"ל דיש סילוק לענין הדין דבזה מהני סילוק ובזה לא מהני סילוק והרב בעל הטורים ז"ל ס"ל דבמאן דבדיינות מהני סלוק אף בעדות ותלמודא חדא מינייהו נקט וכיון דלא מיירי אלא בדיינות מפרש הרב בעל הטורים ז"ל שכוונת הקושיא שיתנו להם אחרים קלבתם אבל בעדות לא משמעי תלמודא דהתם אפשר לפרש שיסתלקו מן ההנאה כדברי הרמב"ם ז"ל ומהסילוק שכתבת וכבר אתה הידיד הרגשת בחולשת תירוצך וכתבת שהוא דוחק וכאמת שאין לך דוחק גדול מזה שיראה הרב בעל הטורים ז"ל פירו' הרמב"ם ז"ל ויפרש הוא פירוש אחר שלא פירשו אבין ולא שום פוסק ומלבד זה אשאלך והודיעני מהי שיטת ההכרח שהגיעו לרב ז"ל לפרש כן אבל מה שהקשה הלחם משנה דעוד היום איך מהני הסתלקות כיון דאיכא מרך הנאה וכמו שהביא מדברי הרב הנמקי ז"ל גבי שותפין מעידין איך נתיישב במה שפירשת בדבריו ומ"ש שאין בידך חבורי ספר כנסת הגדולה לראות מה שפירשתי בו דע לך כי אין מדרכי בחבור הנז' להביא אלא דבר המחודש לענין דינא ואם בעודי עסוק בענין נתחדש אצלי איזה דבר במשא ומתן בדברי הפוסקים אני כותב הנראה לע"ד ולכן בענין זה כשראיתי שינוי דברי הרב בעל הטורים מסימן ז' לסימן ל"ז כתבתי בסימן ז' בקיצור ובסימן ל"ז כתב כדברי הרמב"ם ז"ל אבל לא כתבתי ישוב לדברי הטור מפני שאותה שעה לא עלה לי תירוץ נכון לדבריו ועוד שנתפייסתי במה שפירש הב"ח ורמזתיו בחבורי יע"ש

האמנם תמה אני על הרבנים הגדולים שלשת הרועים איך הסכימה דעתם שפירוש הרב בעל הטורים ז"ל מחולק מפירוש הרמב"ם שהרב בעל הטורים מפרש יתנו אחרי'מה שיגיע לשני הדיינין ואח"כ ידונו דכהי דאפשר לפרש כן במ"ש ליתבו בי תרי מינייהו כו' אבל לעיל דפריך בשלשה מקומות לסלקו בי תרי נפשייהו ולדיינו א"א לפרש כן דלא שייך סילוק אלא כשהם עצמם מסתלקים באותה הנאה ונותנין חלקם אפי' אם יפסידו העניים המנה אבל כשאחרים נותנין חלק הדיינין וקלבתן לא שייך סילוק וה"ל לומר וליתבו כדקאמר בתר הכי ואמא תאמר דלפי' הרמב"ם ז"ל נמי קשיא מ"ש דלעיל נקט לשון סילוק וקאמר ולסלקו ולמטה נקט ליתבו הא לא קשיא דלמטה דמיירי בדקין להו פריך ליתבו בי תרי מינייהו חלקם ולדיינו דאקין להו שייך לומר דליתבו חלקם אותו חלק הקצוב אבל לעיל דלא הזכיר קין להו או דלא קין להו שייך למיפרך לסלקו כלומר מאותה הנאה וכשיצטרכו לתת לענייםיתנו חלקם אף אם שאר האנשים פטרו עצמם במנה של פלוני אבל לרב בעל הטורים ז"ל שלעולם הכונה הוא שיתנו להם אחרים חלקם קשיא תרתי חדא דלא שייך לשון סילוק ועוד אמאי שינה וליכא למימר דאף הרב בעל הטורים ז"ל מפרש כן כדברי הרמב"ם במאי דפריך ולסלקו אבל במאי דפריך ליתבו מפרש כפירושו דזה אין לו שער דכיון דמפרש כן לעיל מאי שיאטיה לפרש למטה בגוונא אחרינא ומה גם לא"ם אתה שההכרח שהגיעו לפרש כך הוא מפני שהיאך נאמר לסתלקו והם אינם רוצים לבטל חלקם.

עוד קשה לי לפירוש זה מ"ש הריב"ה ז"ל ואפילו בעניים שיש להם קצבה אין מועיל סילוק לומר כו' ואי איהו מפרש שיתנו להם אחרים קצבתן היכי קרי ליה סילוק ודוחק לומר דקרי להו סילוק לגבי הנותן דבקצבה זו שנותן בעד חלק הדיינין מסתלקים מאותה הנאה שאפי' הכי אינו קרוי סילוק ועוד קשה אם הרב בעל הטורים ז"ל מפרש שמבני העיר נותנים קצבת הדיינים כדי שידונו היכי מסיים וקאמר לפיכך כל עיסקי המס אין דנין אותו בדייני אותה העיר כו' אלא יסתלקו הם וקרוביהם שלא יהנו מן הדבר

ואמאי

ואמאי לא יבא כמו שנכנס ואמר אין מועיל סילוק לומר יתנו
להם אחרים קבלתם כו' והי"לל לפיכך על עסקי' המם אין
דנין אלא אם יתנו אחרים קבלתן בעדים דהא ודאי במם
כרעי קאמר וכדפירש הרב ז"ל בב"י ז"ל

ולכן נראה לענ"ד שנדפום נפל ט"ס והיה כתוב בספרי
הרב ז"ל יתנו להם אח"כ קבלתם וידונו אותם
הדיינין והכונה לומר דאפי' בעניים שיש להם קבלה אין
מועיל סילוק יתנו להם אח"כ הדיינין קבלתם אפי' אם יזכו
בדין והוא כפירוש הרמב"ם ז"ל ממש והסופרים או בעלי
הדפום טעו וכתבו אחרים במקום אח"כ וזה ברור לענ"ל
ונתלאו דבריו בסימן ז' ול"ז דברים אחדים ומסכימים אל
דברי הרמב"ם ז"ל והמעיין בפסקי הרא"ש שסדרם הרב בעל
הטורים יראה שכך הוא האמת יע"ש

ולענין אם מועיל סילוק בעדים כמו בדיינין התוס' פרק
בא סימן והגהות בפט"ו מה"ע בשם רבינו ברוך
ז"ל והרא"ש בתשובותיו בכלל ט' סימן א' בשם רבינו יהודה
והר"פ ובסימן כ' בשם הר"ם ורבינו ברוך ורבינו יצחק בר
שמואל כתבו דאינו מועיל סילוק בעדים כמו שמועיל בדייני'
וכן הסכים הרא"ש ז"ל בסימן הנז' ואף על פי כן תפש בעל
הטורים כדבריו באותו כלל סימן א' וג' ובכלל ט"ו סימן י"ד
מהטעם שכתבתי בספר כנסת הגדולה סימן ל"ג בהגהת ב"י
אות כ"ה

ואיברא דלמ"ד בעדות לא מהני סילוק קשיא להו סוגיא
דפרק חזקת הבתים דמוכח מינה בביאור דאף
לעדות מהני סילוק וכמ"ש הרא"ש ז"ל בכלל כ"ח סימן י"א •
והרב ז"ל בב"י חלק ח"מ סימן ל"ג • וכבר נתקשו בזה
מהריב"ל ז"ל בס"א דף קב"ו והרא"נ"ח ז"ל בח"א סימן ק"ב
ומהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ס"ג ומשפט צדק ח"א סימן נ'
והרב בעל הספר בסימן כ"א ומורי הרב ז"ל בתשובה ח"א
סימן כ"ו ומהריב"ט ז"ל בספר משא מלך ח"ו משפט א' ובעל
פליטת יהודה סימן י"ח

ויש לתמוה על מהריב"ל ז"ל שכתב בסגנון הקושיא וז"ל
צריך לעיין בזאת התשובה היאך היו משיבי' אותם
הגדולי' וגם הרא"ש ז"ל שבתחלה הודה לדבריהם פשט ההלכה
מחזקת הבתים כו' ע"כ ואמאי אצטריך ליה לומר שהרא"ש
ז"ל הודה לדבריהם כיון דהרא"ש ז"ל באותו כלל סי' ב' פסק
כאותם הגדולים דמחלקי' בין דיינים לעדות ומהרא"נ"ח ומורי
הרב ז"ל ומשא מלך ופליטת בית יהודה תירצו בזה ע"ש •
והתירוץ המחוור אצלי יותר מכולן הוא תירוץ הרא"נ"ח ז"ל
ותירוץ מורי הרב ז"ל ומה שהקשה על תירוץ הרא"נ"ח ז"ל דלפי
דבריו הי"ל לתוס' לאקשויי קושיא עצומה והיא שהרי אמרינן
בפרק י"ב תחלתו וסופו בכשרות כשר וה"נ הוי תחלתו וסופו
בכשרות ע"כ דבריו. כנראה שלא דקדקת כל הצורך בדברי
הרב ז"ל שהרי הרב ז"ל פירש שם דבריו דתלמודא קס"ד דלא
מהני סילוק מחשש הערמה מעתה מה קושיא היא זאת
מההיא דתחלתו וסופו בכשרות כשר דההיא כשאין שם סילוק
דליכא חשש הערמה היא וכגון שהיה יודע לו עדות עד שלא
נעשה חתנו ונעשה חתנו אח"כ ואח"כ נתרחק כשר כיון דהוי
תחלתו וסופו בכשרות גם מה שהקשית על מהרש"ך ז"ל בסוף
קונט' וז"ל ואם מ"ש שמואל שותפין מעידין זה על זה הוא
משום דאין תקנה אחרת ואיכא הפסד ממון הרי תנא דברייתא'
דלא חשש לזה דאמר זה הכלל תחלתו או סופו בפסול פסול
ע"כ ואיני מבינם דכבר פירש שם הרב ז"ל דאשמועינן רבותא
שמואל דלא לפסלו משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות כאשר
חששו הפוסקים לזה ומטעם זה חזר בו מהר"ס כו' אך שאר
הפוסקים לא חששו בזה ע"כ ואמאי לא קשיא לך מברייתא
דזה הכלל תחלתו וסופו בכשרות כשר אלא דהדברים ברורים

דשמואל מוקי ההיא בפיסול הגוף כמו שתירצו בתוס' וזו היא
כונת הרב ז"ל גם מה שהקשית לדברי הרב ז"ל דבפרק בא
סימן אמאי לא הקשו התוס' הקושיא לעיל גבי עדים הא לא
קשיא לרב לחוד שא לכל אותם הסוברים דסילוק אינו מועיל
לגבי עדים קשיא ואפי' לסוברים דסילוק מועיל גם גבי עדים
קשיא וכמו שתראה להרא"נ"ח ומהרש"ח ז"ל והתירוץ שתרצת
ליישב הסוגייא לדעת רבינו איני הולמו שהרי אין הכרח
לתרץ דמיירי בש"ת אלא לשמואל דאמר סילוק מועיל דלמסקנ'
היה סובר דאפי' גבי דיינות אינו מועיל סילוק וכיון דלשמוא'
מיגרן הכי הרי מוכח דמהני סילוק אפילו בעדים אליבא
דשמואל • ומה שהבאת ראיה דדרך התלמוד דשקיל
וטרי אפילו בסברא שאינה הלכה מה עזרת ללא כח דהבא
לאו אמילתא דלא כהלכתא פריך אלא אמאי דסובר שמואל
דמהני סילוק פריך דא"כ גבי דיינות נמי לסלקו ולדיינו
ובריק דמיירי בש"ת אבל אשאר מילי מהני סילוק והכי הויא
הלכתא דבהא לא פליג בעל התלמוד אדשמואל אלא אמאי
דסובר דאפי' בעדות מהני סילוק פליג

ועל פי דרכך בלשון אחרת אני אומרה ובזה יתיישב
אילוק דעת התוס' ז"ל ממשכת בתרא למסכת
נדה דבמסכ' בתרא מחלקים בין פיסול ממון לפיסול הגוף
ובמסכת נדה אין מחלקין ומסורת היא בידינו דכל מה שאנו
יכולין לכוין דברי התוס' אהדדי להוו איכהו אמרינן וכ"כ
בספר ת"כ ח"א סי' ע"א ואומר אני דשמואל וסתמא
דתלמודא פליגי במאי דתניא פרק י"ב זה הכלל תחלתו או
סופו בפסלות פסול כל שתחלתו וסופו בכשרות כשר דשמואל
מוקי הך ברייתא בפסול הגוף אבל בפסול ממון לא בעינן
תחלתו וסופו בכשרות ומ"ה לא הקשה תלמודא לשמואל מהך
ברייתא זה הכלל כל שתחלתו בכשרות שהתירוץ היה מבואר
בדברי שמואל אבל סתמא דתלמודא ס"ל דאין לחלק בין
פסול ממון לפסול הגוף אבל קשיא ליה אמאי דמכשיר סילוק
דמהנהו מתניית' דבני העיר כתבו ותנו מנה לעניי עירי מוכח
דסילוק לא מהני וכ"ת דסילוק לא מהני אעג"ב דקי"ל דבעינן
תחלתו וסופו בכשרות לדיינין ולעדים דלאו הכי לא מהני
דבעינן תחלתו וסופו בכשרות אבל בדיינין דאף דהוי תחלתו
וסופו בכשרות לא מהני סילוק משום הערמה וכדפי' רשב"ם
ומ"ה נקט בלשון קושייתו לסלקו ביתרי ולדיינו ולא קאמר
ולסהדו משום דלדידיה בעדות אפי' בסילוק לא מהני לא
מטעם הערמה אלא משום דבעינן תחלתו וסופו בכשרות
ומפריך ולדיינו ולא פריך ולסלקו ולסהדו דקדקו רבינו ברוך
וסיעתו ז"ל דסתמא דתלמודא ס"ל דיש לחלק בין עדות לדין
ודוקא סתמא דתלמודא אבל שמואל לא מחלק בין דין לעדות
והביא רכל שתחילתו וסופו בכשרות מוקי לה בפיסול הגוף
כדכתבינן מעתה דברי התוס' שבפרק חזקת עם דברי התוס'
שבפרק בא סימן הם דברים אחדים ולא פליג דבפרק חזקת
הוקשה להם במאי דפריך תלמודא ולחלקו כי תרי מינייהו
ולדיינו דאמאי לא פריך לשמואל דסובר דסילוק מהני לענין
עדות מברייתא דהיה יודע לו עדות כו' זה הכלל כל שתחלתו'
וסופו בכשרות כשר ובכלל קושיא זו קשה דה"יל לבעל התלמו
להקשות לשמואל תכף כשתירץ הכא במאי עסיקינן דכתב לו
דין ודברים דהא בעינן תחלתו וסופו בכשרות ותירצו התוס'
ואומר ר"י דלא שייך תחלתו וסופו בכשרות אלא בפיסול
הגוף כלומר מ"ה לא הוקשה לשמואל מברייתא דתחלתו
וסופו בכשרות על מאי דאמר לעיל שמעידין בסילוק משום
דשמואל יחלק מפיסול ממון לפיסול הגוף ולכן הקשה לו
מברייתא דבני העיר שנגנב משום דהקושיא הוא אפי' בדבר
דמהני' סילוק לענין תחלתו וסופו בכשרות מטעם הערמה
לא מהני דהא אוכן בדיינין דאע"ג דשייך בהו תחלתו וסופו
בכשרות

בכשרות ולא מהני סילוק ומוקי לה תלמודא בת"ת וכל זה בתכן לתת סברא לביטל התלמוד דקושייתו לשמואל אבל כעל. התלמוד ס"ל שיש לחלק בין עדות לדין מפרקינך ולדיינו והשתא מ"ש התוס' בפרק כא סי' לחלק בין עדות לדיינות הוא לפי שתמה לתלמודא דהבא וניחא כמי דלא קבעו קושייתם לא בפרק חזקת ולא בפרק בא סימן על דברי שמואל משום דשמואל מחלק בין פסול הגוף לביטול הממון וכי דייקת שפיר תראה שבדרך זה נסתלקו כל הגמגומים שנמגמו הראשונים בדברי התוס' בשני המקומות דוק ועל פי דרך זה יתיישב למפרשים דסוברי' דאף בעדות מהני סילוק אמאי לא פריך ולחלקו בי תרי ולשהינו דלא פריך הכי שמא יראה להתם שאני דבעינן תחלתו וסופו בכשרות וליכא ולכן פריך מחלוקת דיינות דליכא לדחויי הכי

עוד תירלת דיש לפרש הכי לחלקו בי תרי ויעידו ועם אותה העדות לדיינו בחלק ח"מ מספר כנסת הגדול' סי' ל"ג בהגהת ב"י אות כ"ג פירשתי כן מהכרח דקאמר בי תרי ואנן דיינות תלתא בעינן וגם כתבתי דאחר שנדפס מורה צדק מצאתי שכתב כן גם מהר"י בהדקי ז"ל וגם אני מצאתי בתשובות הרשב"א ז"ל מב"י שכתב כן ועתה ג"כ מצאתי להרב הנמקי שפירש כן כלל העולה דאיכא מרבוותא דסברי דבעדות לא מהני סילוק ובודאי דלטעמין ליכא מלי המוחזק לומר קים לי כותייהו וכמ"ש הראנ"ח ומהרש"ח ובעל פליטת בית יהודה וכן העלתי בתשובה אחרת בתשובה לשאוניקי על ענין משים בחלק הזה סי'

ואתה הידיד הוקשה לך בדברי מהרשד"ס ז"ל חלק י"ד סי' קע"ב שתפש בפשוט כדברי הסוברים דאף בעדות מועיל סילוק דלמה לא נאמר דמלי המוחזק לומר קים לי כמ"ד דלא מהני ולא ידעתי למה בנית עליו דייק יותר מעל תי' סי' כ"ד ומהרמ"ך ז"ל ח"א סי' קפ"ו והראנ"ח ח"א סי' ב"ט ומשא מלך ח"ו משפט א' והב"ח סימן ז' סי"ו שפסקו בפשוט דאף בעדות מועיל סילוק ואפי' לאפוקי ממונא וכן נראה מדברי הרדב"ז ז"ל ח"א סי' קע"ד ומהריב"ל ז"ל ח"א דף קכ"ו ומיהו מדברי הרדב"ז ז"ל בסי' הנז' ליכא ראיה דהתם כב"ד אוקומי ממונא הוא וכמ"ש ז"ל ובהכי ניחא דלא פליג וא"ש הוא עצמו סי' י"א שהאחרונים אמרו שאין סילוק מועיל בעלים כו' ונראה מדבריו דכן יש לתפוש דגם בסי' י"א לתפוש דסילוק מועיל אף בעדות אפוקי ממונא הוא דהקהל היו מוחזקים בהיכל שהיה שלהם ובאו עדים אחר ההסתלקות להעיד שהיה מבעל האלמנה ולכן כתב ז"ל דכיון דאם בהגן לתפוש דסילוק מועיל בעדים מפקינן מהקהל המוחזק טוב לתפוש כמ"ד דסילוק אינו מועיל בעדים דאוקומי ממונא הוא אבל בנדון דסי' קע"ג דאם באנו לתפוש דמועיל סילוק בעדים אוקומי ממונא הוא תפש הרב דמועיל סילוק וזה מתבאר בפירוש בשתי התשובות הנז' ואף דברי הראנ"ח ז"ל מהי' כ"ט לסי' ק"ג לא בחרי שבסי' כ"ט כתב הכרעת הרב ב"י ז"ל ובסי' ק"ג כתב דיכול המוחזק לומר קים לי דלאו מר חתים עלה לא בזו ולא בזו ואיפשר שאחת מהם אינה מתורת הרב ז"ל וכמ"ש בספר כנסת הגדולה וזיכרא שדברי הרדב"ז ז"ל סי' קע"ג תמוהים מכל אחר שכתב בלשון הזה ולענין אם המעות של הקדש או מכלל הדבר פשוט דכיון דהבית קדש והוא בא להוציא מן הצבור עליו להביא ראיה כו' וכלאו האי טעמא כל דין שיש ליחיד עם הצבור חשבינן לצבור מוחזקין ועל היחיד להביא ראיה וכן כתב מהרי"ק וכן יש במרדכי ע"כ גם מהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סי' כ"ח כתב דהקהל הוו מוחזקין ועל היחיד להביא ראיה ונתהכי עליהם דלא נאמר דין יחיד המתדיין עם רבים להיו' הרבים מוחזקים אלא דוקא לענין משים ועולי הקהל

דמוחזקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח והמלך הוא מוחזק לא בשאר דברים זולת שנוטלין מהם משכון ואח"כך יורדין לדין כמו שמבואר בדברי המרדכי שהביא הרדב"ז ז"ל בסי' הנז' לעזרתו וכ"כ הרב בעל המפה ז"ל בח"מ סי' ר' ובעל משא מלך ח"ז ואף במסים איכא גווני דלא הוו מוחזקים וכבר ביארתי הדברים בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ד' וקס"ג יע"ש ומכאן תשובה על מאי דנסתפק' בסוף קונטריסך אם נאמר בזה דהרבים מוחזקים דכיון דאינו לענין משים לא מיקרו הרבים מוחזקים לענין קים לי בכלונתא דרבוותא

ומאי דאתינן עלה איך לא הש הרשד"ס ז"ל שיכול המוחזק לומר קים לי וכן כל הני רבוותא שתכמו במושלם דאף בעדות מהני סילוק ואפי' לאפוקי ממונא לא נפלאת ולא רחוקה מה שכתבת דמשום דלרבוותא דסברי דלא מהני סילוק בעדים קשיא להו סוגיא דפ"חה לא חשו לדבריהם אפי' לומר קים לי ואע"ג דהך סוגיא אית לה כתר להנהו רבוותא וכדכתיבנא והנהו רבוותא ס"ל דשינויי דחיקי הוא ואשינויי דחיקי לא סמכינן ומ"ש שבעל מ"ש הרשד"ס והרב הכהן הגדול בח"ב סי' רל"ו דעל סברא דחויה לא אמרינן קים לי אף אני בעניי בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות ט"ל נמגמתי על דברי מהרש"ך ז"ל בסי' הנז' יע"ש וגם ראיתי את הלחץ הבך להלכת להרשד"ס ז"ל בסי' הנז' במ"ש וקרוב לזה כתב הרמ"ש ולמה לא כתב וכ"כ הרא"ש ז"ל ואיני רואה שום דוחי דהוא ז"ל ראה בתשובת הרא"ש ז"ל שלא הזכיר הקדשות כמ"ש הרשב"א ז"ל אבר מזה יש מקום לומר דלא נהגו כן אלא בתקנות והסכמות הקהל אבל לא להוציא ממון וגם ראה שכתב על כל ענייניהם הנראה שאף לענין הקדשות קאמר ולא פסיקא ליה מילתא ולכן כתב וקרוב לזה כו' לומר שרעב"י שלא כתב בפירוש הקדשות כמ"ש הרשב"א ז"ל מ"מ קרוב לזה דכתב במ"ש להעיד על כל ענייניהם ומה שפירשת אתה בכוונת הרב וכתבת לחלק בין תשובת הרשב"א ז"ל שנהגו שלא להביא עדים מתדינה אחרת ולהרא"ש ז"ל נהגו לקבלם להעיד הוא הפירוש שרצה אותו מהר"ס מלמד ז"ל בסי' מ"ט ודחה הואיל מפני תשובת הרא"ש ז"ל בכלל הנז' סי' כ"ב ולע"ד נראה דאי מלינן לכרותי כן בתא' ד' מה שכתב בסי' כ"ב היינו סותר לזה דה"ק דע כי לא נהגו להביא בכל כתב עדים שאינם מבני העיר אלא כך היא הסכמת הקהל להכשיר כל בני העיר דהסכמת הקהל להכשיר כל בני העיר הוא הקבלה ומה שפירשת במ"ש הרא"ש ז"ל וכשרים הם לקרובי' בו' הכל בכלל מה שפירש הרדב"ז ז"ל בסי' כ"ט ולפי מ"ש יש רפואות תעלה למה שהקשה משפט צדק למהריב"ע ז"ל שלמה בכלל ו' סי' כ"ב כתב דהמנהג להכשיר כל הקהל ובסי' כ"ה ירא שאינן נאמנין אלא הנבחי' וכגון דא לא צריכא רבה לפי האמור שלעולם צריך קבלה או הסכמה שהיא הקבלה ולכן בסי' כ"ה שהסכימו להאמין עליהם הנבחים בדבר שיש' לרבים הרי הוא כאלו בפירוש קבלו לנבחי' ולא לשאר העיר אבל אב"נ שאם הסכימו להאמין אף לכל העיר הוי דבלה ונאמנין ומיהו מה שלא הוכיחה מדברי כ"ב ומסי' כ"ה כ"ע וכמ"ש ובדרך דוחק כלע"ד שהרא"ש ז"ל השיב לשואל על פי מדותיו שהשואל שאל להעיד בדבר שאין הקהל נהנין בו כגון תכריכי מתים כו' ומתוך שאלתו מוכח ח"א מתרתי או שבמקו' השואל לא היה שם הנהג או שהשואל שאל לדינא תמי' דלמכתב אף בדבר שהקהל נהנין בו יכולין להעיד ועל פי זה השיב לו הרא"ש ז"ל דתכריכי מתים או מאור של ב"ה וכן ספרים של הקהל דבר דאית לצבור הנאה מינייהו ואינו יכול להעיד ולא בא להשיב אלא אעיקר הדין אי הוו הקהל נהנין מהם אם

לאו

לאו אבל אם מעידין או אין מעידין תלוי במנהג ובהכי ניחא נמי מה שהקשה מהר"ש אלמד על הריב"ש ז"ל מתשובת הרא"ש ז"ל דכלל ו"ח סי' ה' דוק ותשכח

אירא שמה שכתב מהריב"ש ז"ל שמדקדוק דברי הרא"ש ז"ל נראה דדוקא בתקנות הקהל ובהסכמות אבל לא בהקדשות כן הוא האמת למדקדק בדבריו בסי' תתי"א שהוא ז"ל נשאל על התקנות וההקדשות אם מביאין ראיה מאנשי העיר והשיב באמת כך נראה ונאה וראוי בכל קהלות הקדש שאין מביאין עדים ממדינה למדינה להעיד על תקנותיהם והשמיט הקדשות לאורויי דלא כתב כן אלא בתקנות העיר לא בהקדש שהוא להוציא ממון מאדם לחבירו וכן דקדק מהר"י אדרבי ז"ל בסי' קכ"ה מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה זו אמנם מת"ש בסי' תר"ף מוכח דאפי' בהקדשות קאמר הרשב"א ז"ל וכ"ל דמ"ש בסי' תת"יא הוא לשתם מנהג ומ"ש בסי' תר"פ הוא כשנהגו כן כפי' אפי' על ההקדשות וצ"ע

אבל אי קשיא לי הא קשיא לי בתשובות הרשד"ם ז"ל חלק י"ד סי' קע"ב שהוא ז"ל הסכים גם דשילו מהני בעדים ושמפני המנהג אפי' בלי סלוק מעידים אנשי העיר ואלו בסי' קמ"ב מהחלק ההוא פסק דאין דנין בדייני אותה העיר ואפי' ע"י סילוק גם הרב מהר"י אדרבי ז"ל בסי' קכ"ז נשאל על כרון שנשאל הרשד"ם ז"ל בחלק י"ד סי' קמ"ב והשיב כדברי הרשד"ם ז"ל ונתן טעם שלא כתב הרשב"א ז"ל שיכולין להעיד עדים מאותה העי' אלא בתקנות והסכמות לא כנדון שהוא תביעת ממון אבל הרשד"ם ז"ל שהסכים בסי' קע"ג דאפילו בתביעת ממון כתב הרשב"א ז"ל שהמנהג כן למה פסק בסי' קמ"ב שאין דנין בדיינין מאותה העיר גם על מהר"י אדרבי ז"ל יש לתמוה למה לא כתב דבשילוק מהני ויראה דס"ל להרשד"ם ז"ל דסילוק לא מהני אלא לעדים או לדיינים דומיא דעדים כהאי דיינין אחרים בעיר אבל כשיש דיינים אחרים בעיר לא מהני סילוק וכמ"ש משפטי שמואל בסי' ס"ו וע"ש ואע"ג דבנדון הרשד"ם ז"ל היו הדיינין דומיא דעדים שלא היו דיינין אחרים בעיר מ"מ כיון שהאלמנה והיורשים הנתקו מן העיר פירארה ובאו לויניציא הרי לגבי האלמנה והיורשים הוי פירארה כב"ד אחר באותה העיר ולגבי דידהו הוי ויניציא כעירם עכשיו שעומדי' אע"ג שאם לא היו יוצאי' מן העיר היה נדון בדייני אותה העיר בסילוק אבל כשיצאו מאותה העיר ה"ל כשני בתי דינים בעיר אחת שאין דנין לפני ב"ד שהוא נוגע בעדות אף בסילוק וכן נ"כ ס"ל דאי כתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל שנהגו שלא להביא עדים חוץ מן העיר מנהג זה אינו אלא בעדים דא"א בלאו הכי אבל בדיינין דאפש' בדיינין אחרים לא נהגו כן ומהר"י אדרבי ז"ל ס"ל דלא מהני סילוק לדיינין וכדכתיבנא אבל מהני אפי' לדיינין אלא שלא נהגו כן היכא שהוא להוציא ממון ועל פי זה כתב הרשד"ם בחלק ח"מ סי' י"ו דרמוני כסף הס כמ"ת ולא מהני סילוק כי היכי דלא מהני סילוק למ"ת ופסק שם שאין יכולין לידון בדייני אותו הקהל ותימא נהי דלא מהני סילוק מ"מ מפני המנהג יהא נידון בדייני אותו קהל אלא דס"ל דהמנהג אינו אלא לעדים לא לדיינים א"נ דבנדון הרשד"ם ז"ל בח"מ סי' י"ו היו קהלות רבות באותה העיר ולא נפל ההפרש אלא אם יכולין לידון בדייני אותו קהל ואי מועיל סילוק ופסק הרב דסילוק אינו מועיל אפי' במ"ת ולא פסק שידונו בב"ד של אותו קהל מפני המנהג דס"ל ז"ל דלא נהגו כן אלא שלא להביא מעיר אחרת אבל מקהלה לקהלה באותה העיר מביאין ואין כאן מנהג וכמ"ש מהריב"ע ז"ל בספר משא מלך ח"ו משפט ב'

אירא שמה שאני מבין מדברי מהריב"ע ז"ל הוא שלא להעיד בעידי אותה הקהלה בלא סילוק כיון שיש עדים מאותה העיר אבל ביבר דלא מהני בו סילוק ואפשר דמכיון מנהג יועיל להעיד אפילו בעדות אנשי אותו קהל והטעם בזה כדבר דמהני סילוק כיון דאפשר בסילוק לא נהגו שיעידו מאותה קהלה בלא סילוק אלא שיסלקו עצמם מאותה הקהלה ויעידו אבל בדבר דלא מהני סילוק נהגו להכשיר גם מאותו קהל דאל"כ אפשר שאין עדים מקהל אחר ויבא זה לאבד ממונו ולפי זה בנדון הרשד"ם ז"ל דהיה דבר דלא מהני סילוק מטעם המנהג היה יכול להעיד באנשי אותו קהל אלא שנדון הרשד"ם ז"ל אינו אלא דיינות ודיינות אפי' בדבר דלא מהני סילוק הוי כעדות בדבר דמהני סילוק

וראיתי בתשובות הרד"ו ז"ל סי' קכ"ג כתב ואם אין עדים בדבר שטעה שבועת שקר אלא מן הקהל אינו פסול לשבועה דכולם נוגעים בדבר הם כיון דקנו אותו לתוך כיסם וגם הוסיפו על הוצאתו שכולם נהנים בו וזה אינו כדי' כניס ע"כ ואין לתמוה עליו למה לא כתב דנאמנים הקהל מכח המנהג שכתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל בתשובותיהם דס"ל דאותו המנהג אינו אלא בתקנות והסכמות לא לפסול איש ולעבותו חשוד על השבועה אבל קשה למה לא כתב דבסילוק מהני ואולי ס"ל דסילוק לא מהני בעדים כסברת רבינו ברוך ושיטתו ז"ל ודוחק והנכון שבאותה העיר היה קהל אחד והמנהג אינו אלא שלא להביא ממדינה אחרת אבל לא מהעיר הזאת שהן מקהל אחר אבל מה שלא כתב דמהני סילוק צ"ע וזהו מה שראיתי ליישא וליתן בדבריך הנחמדים מזהב ומפז

ולענין פסקא דדינא כך דעתי נוטה דאם יש מנהג פשוט בעיר להכשיר בין עדים בין דיינים אף בלא סילו' נאמנין עידי הקהל להעיד שחייב הממון ההוא ואם המנהג הוא להאמינם בסילוק יסתלקו עצמם מאותה הקהלה ויעידו אבל אם אין שם מנהג פשוט מי יוציא מיד היורשים שיכולים לומר קים לן כמ"ד דדוקא במקום שנהגו כך בפירוש לא הוו נוגעים בעדות אבל בסתם מקומות לא וכ"ש אם נהגו שלא להכשיר וכדברי הריב"ש ז"ל ויכולין לומר נ"כ קים לן כמ"ד דבעדות לא מהני סילוק וכבר עלתה הסכמתי במקום אחר לבס"ס אין מוציאין מיד המוחזק ולא כס"ס בלבד אלא כל שאתה מרבה בספקות וספקי ספקות וכמו שתראה מבורש בספר כנסת הגדולה בכללי הקים לי ואם אין מנהג פשוט בעיר להכשיר ע"יס הנוגעים בעדות לכל דבר אפי' להוציא ממון יכולין היורשים לומר קים לן כמ"ד דלא כתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל דהמנהג מועיל אלא דוקא בתקנות והסכמות לא להוציא ממון וכ"ש אם יש שם קהלות אחרות שיכולין לומר קים לן כמ"ד שנהגו להכשיר שלא להביא ממדינה אחרת לא מקהל אחד ולא שייך הכא החילוק שכתב מהרש"ך בח"ב סי' קי"א שיכולין בני הקהל להעיד על הוצאת נזכר הממונה על ההקדשות דהתם שאני שכבר היה ידוע שהיה נזכר על ההקדשות והיו בידו ממעות ההקדש אבל מתוך שאלה זו מוכח שאין מי שיודע שראובן חייב מעות להקדש אלא יחידי הקהל ואפילו היה ידוע שראובן היה חייב להקדש נדון הרש"ך שאני שלא היה חייב חוב להקדש אלא שהיה נזכר והיו בידו ממעות ההקדש אבל בנדון הלז אף אם יעידו העדי' שראובן היה חייב להקדש והיה ידוע החוב בכל העיר מה יועיענו עדות העדים כיון דהיא מלוה ע"פ וטענינן ליורשים שפרע אם לא שהודה בשעת מותו או שהיה תוך זמנו ואם יעידו העדים כן גילגנו הטענת פרעתי אבל עדיין יש להסתפק דאינם נאמנין ולא דמי לנדון מהרש"ך ז"ל וכדכתיבנא הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן כ"ג לדייני ק"ק שבאנדרינופולי שנת הת"ח

שאלה ראובן היה פקיד על עזר היין הוא והפקידי' עמו והיו גובים מידי שבת בשבתו מאת עושי היין הסך הקצוב עליהם ובכל עת וזמן שהיו גובים מעות מהעזר היו שמים אותם המעות בכיס סגורה חותם כר בחותמו של אחד מהפקידים והיו מוסרים אותה ביד ראובן וכשהיו רוצים לפתוח הכים היה מראה תחלה החותם לחבירו אם היה במקומו מונח ואח"כ היו פותחים הכים ובסוף השנ' בשילא ראובן מהתיבוי נתן חשבון הוא וחביריו לפני פרנסי הק"ק יע"א אשר היו בימים ההם מכל מה שנכנס בידם ויהי היום אחר עבור שלש שנים קמו אנשים פרנסים אשר קבלו החשבון מראובן והעידו איך כשקבלו החשבון מראובן מכל מה שנכנס בידו מעזר היין מהכל נתן חשבון זולת משנים ושבעי' שפי'לגני' שלא נתן חשבון מהם ועל זה קמו כל אנשי העיר ותובעים מראובן שישלם הע"ב אלפים לבנים או שיתן חשבון מהם וראובן משיב שנתן חשבון מכל מה שנכנס בידו ועל זה מביא ע"א מהפקידים אשר היו עמו והעיד איך בכל עת וזמן שהיו גובים מעות היו שמים בכים וסגורה בחותם של א' מהפקידים והיו מוסרים אותה ביד ראובן וכשהיו רוצים לקחת שום מעות מהכים היה מראה תחלה החותם ואח"כ היו פותחים הכים עוד טוען ראובן שאם ימצא הפנקס מחשבון העזר יחזור ויתן החשבון פעם אחרת ואם לא ימצא הפנקס מה יהיה דינו ומשפטו אם יהיה פטור בשבועה אם לאו על הכל יורינו מורינו ורבינו ושכמ"ה

תשובה להיות שאני גולה ומטולטל ממקומי וספרי אינם אתי גם טרדותי רבו למעלה ראש כמו שידוע לכל בני שער עירנו יע"א איני יכול להאריך בשקלא וטריא כי אם לבא בדרך קצרה אם נאמן ראובן בשבועה או לא ואמינא דאין ספק דראובן נשבע ונפטר דאם הפרנסים המעידים הללו עליה דידהו רמיא לשלם מה שחסר מעזר היין בשיטא ופשיטא דנוגעים בעדותן הם ולא מהני עדותם לחייב לראובן הע"ב אלפים לבנים שאומרים שלא נתן חשבון והוא בלמד מהברייתא שהובאה בפרק חזקת בני העיר שנגנב ס"ת שלהם אין דנין בדייני של אותה העיר והוא פשוט בדברי הפוסקים ואפילו דלא רמיא עליה דפרנסים לשלם מה שחסר מעזר היין נלע"ד שאין נאמנין להעיד על ראובן שלא נתן חשבון מהע"ב אלפים לבנים שהרי כתוב בא"ח הביאו בספר משא מלך בסוף ספרו דנאמנין הקהל הגובים המס שא' הם ואם נאבדו בפשיעה חייבים לשלם ואם כן נוגעים בעדות דכדי שלא לישבע אם פשעו אם לא פשעו הם מעידים שראובן לא נתן חשבון מהם ובלאו הכי כל עדות שיש עליו תרעומת הוי נוגע בעדות כמבואר בפח"ה יע"ש

ועוד אני אומר שאפילו אם המעידים לא יהיו הפרנסים אלא מבני העיר הם נוגעים בעדות דכיון דיש להם הנאה בעדותם זו שמגיע להם חלק מה מעדות זו נוגעים בעדות הם ואינם נאמנים וכבר נתבאר בדברי הרמב"ם ז"ל בהלכות עדות דכל שיש להם לעדים שום הנאה בעולם לא יעידו וכ"ת לסלקו מההנאה ההיא ויעידו וכדפרכינן בפרק ח"ה ולסלקו בי תרי מינייהו ולדיינו ומטעם זה כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ו' סימן י"ח שבני העיר יכולים להעיד במס שלהם אחר שסלקו עצמם ודבריו אמורים במס פרטי כמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ז' ובעל משא מלך בספרו ובנ"ד לא גרע עזר היין ממס פרטי

הא ליתא דכבר חלקו על סברא זאת רבינו ברוך והר"ס ז"ל וכתבו דבעדות לא מהני סילוק כמ"ש ההגהות בפט"ו מה"ע והרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל כ"ח סימן א' בשם רבינו יהודה והר"ס ובסי' כ' בשם הר"ס ורבינו ברוך ור"י בר שמואל והתוס' בפרק בא סימן ואע"פי שהרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ל"ד פסק כחולקים עליהם ומוכרים דאף בעדו' מהני סילוק וכן פסקו מהריב"ל ובעל משא מלך מ"מ הרא"נ"ח ז"ל ומהרש"ח ובעל פליטת בית יהודה כתבו דכיון דאיכא פלוגת' דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל ובנ"ד מאחר דראובן הוא המוחזק יכול לומר קים לי כרבינו ברוך וסיעתו ז"ל דבעדות לא מהני סילוק

ואם לחשך אדם לומר שכבר כתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל בתשובותיהם מנהג פשוט בכל ישראל שאין מביאין מחוץ לעיר להעיד על תקנתם והסכמתם אלא מקבלי' עליהם עידי העיר על כל ענייניהם וכמו שהעתיק דבריהם הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ל"ז אף אתה אמור לו שכבר כתבו הרא"נ"ח ז"ל ומשא מלך שאין דבריהם אמורים אלא בתקנות ובהסכמות להרא"ש ז"ל ולהרשב"א ז"ל אף בהקדשות אבל במסים ובממון לכ"ע אינם נאמנים להעיד אף בכיוצא בזה זולת אם יש מנהג פשוט בעיר להכשיר אף בכיוצא בזה ועזר היין עדיף ממסי' וממון לענין זה ועיין מ"ש בתשובה אחרת מהחלק הזה סי' כ"ב ומשם תראה טעמים רבים לפטור לראובן

כללן של דברים אם אין מנהג פשוט בעיר להכשיר אף בכיוצא בזה ראובן זה פטור בשבועתו והדברים מוכיחין שראובן זה אין לו עון אשר חטא שאם אמת היה הדבר כמו שאומרי' הפרנסים שלא נתן חשבון מהע"ב אלפים לבנים למה לא העידו תכף ומיד כי אם אחר שלש שנים אשר זה מורה חדא מתרתי או שרוצים להציל עצמם בהשליך על ראובן המשא או שטינא נתחדש להם עם ראובן ורוצי' לחייבו במה שאינו חייב ומה גם שלעולם הכים היה חתום בחותם של הפקידים ואם כי טענה זו אינה מספקת לבדה לפטור את ראובן היא הוראה גדולה שהפרנסים לא דברו נכונה עם ראובן ולהרע לו הכניסו את עצמם בעדות שקר מה שלא היה הנראה לעניות דעתי כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן כ"ד

איזמיר לגבירים הממונים אור התכ"ה

שאלה ילמדנו רבינו מתנה אחת שטען ראובן שאחד מעידיה פסול מפני שהעיד שקר קודם שחתם במתנה יש ממש בדבריו או לא ושכמ"ה גם העד השני פתה איש אחד וחתם לשקר אי מיפסיל או לא

תשובה אם הדברים כמו שבא בשאלה שאחר שהעיד שקר חתם על המתנה ולא עשה תשובה המוטלת עליו האמורה בפרק זה בורר וכתבה הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ל"ד פשיטא דשטר מתנה זו חספא בעלמא הוא דכיון דבשעה שהעיד רשע הוא התורה אמרה אל תשת ידך עם רשע ופסול לעדו' ואע"פ שלא נפסל על אחר שחתם בשטר זה קי"ל כאביי לעד זומם למפרע הוא נפסל ואע"פ שזה פשוט ואין צורך לראיה לפטרו כלא ראיה א"א כתב הריב"ש ז"ל בסימן רס"ו הובא בב"י ח"מ סימן ל"ד איני רואה מעדותן של עדים אלו שום הוכחה שעבר בופיל על החרם קודם שהעיד בעדות הקדושין אלא שאמרו שהם שעבר על החרם ולא ביארו באיזה זמן וא"כ אינו נפסל אלא מעטה שהעידו עליו בב"ד דמוקמינן גברא אחזקתיה ע"כ אלמא מטעם דלא ביארו באיזה זמן הוא אינו נפסל אלא

מעטה

משעה שהעידו עליו בב"ד הא אם היו מעידים בבירור שאיזה זמן עבר על החרם נפסל מאותו זמן שעבר על החרם אע"פ שלא העידו עליו בב"ד וא"כ בנדון שלפנינו שיודעים בבירור שהעיד שקר קודם שחתם בשטר המתנה פסול הוא ואין עדותו עדות ומה שאמר הדיין שהוא היה המכריז אותו ולא היה ראוי להכריזה שלא העיד עדות שקר אלא שהוראת שעה עשה כן אם קודם מעשה אמרה שומעין לו אבל אחר המעשה' א"ש לו ואינו נאמן לפי שהוא נוגע בעדות לפי שזיכה לראובן בשטר המתנה וכל ישעו וחפצו להעמיד דברין ומעיד עדות שקר בעצמו שהכריז לאדם כשר בחרם ובשמתא שבש מיתה על לא חמס בכפיו ומלבד זה מעיד אני עלי שבשעה שהדיין הכריז לזה היו אנשים רבים מערערים עליו והוא היה מכריז בשוקים וברחובות שלמה לא יכריז על עד שהעיד שקר ובשבועה ועכשיו כדי למלאת רצונו אומר שבשעה שהכריזו לעד שקר לא היה לו עון אשר חטא מכלל האמור כתבאר שעד זה שהוכרז על שהעיד עדות שקר ונשבע על שקר בתמרירותו הוא עומד עד שיודע לנו שחזר בתשובה בבריא אבל שמא עשה תשובה לא חיישינן אם לא בא לב"ד ועשה תשובה כמבואר בגמרא ובפוסקים ומה שבא בשאלה אם העד שפתה לאחר שיחתום בשקר וחתם אי מיפסיל לעדות או לא לכאורה נראה דמיפסיל אע"ג דלא עביד אלא פתוי דכיון דהשיא עצה לחתום אלו אתא לידיה גם הוא יחתום על שקר וכההיא דאמרינן במ"ק אין אדם נחשד בדבר אא"כ עשאו ומסיק אא"כ ראה אחרים שעשאוהו ושמח וכן ראיתי להרב אחי נר"ו בנדון הלז השכים דפסול לעדות דאם ראה אחרים שעשאו וקשיבן ליה כמי שעשאו כ"ש וק"ו במפתה לאדם אחר שיעשהו דודאי הרי הוא כאלו עשאו ולא מהימן להאי מילתא גם שנייי הרב כמה"ר משה בנבנשת נר"ו השכים לזה דמיפסיל

ואני בעניי אין דעתי כן שראיתי להריב"ש ז"ל בתשובה סי' כתב ולא עוד של אפי' האומר לחבירו בא וגנוב לי והלך וגנב ונתן לו אין השליח מתחייב כו' ואיכא למידק למה השמיטו הרב ז"ל בב"י שהביא בב"י חלק ח"מ סימן ל"ד מה שכתב הריב"ש ז"ל בתשובה הנז' שהחולק עם הגנב אינו נפסל והשמיט מה שכתב שהאומר לגנב בא וגנוב לי וגנב ונתן לו אין השליח מתחייב ונראה שהשמיטו משום דקשיא ליה דחייב להחזיר הגניבה לבעל מטעם השבת אבידה חייב לשלם ויראה שלא כתב הריב"ש ז"ל אין השליח מתחייב אלא לומר שאין נקרא גנב ליפסל לעדות או לחייבו בתשלומין אם לא הספיק להשיבה עד שאבדה וכ"כ מהר"ם מלובלין סימן פ"א

אמור מעתה שאף האומר לגנב שיגנוב ויתן לו אינו פסול לעדות ה"ה האומר שיחתום שקר וחתם שאינו פסול והך טעמא שכתב אחי הרב נר"ו דכיון שפתה לחתום גם הוא יחתום בשקר ליתא דא"כ האומר גנוב ותן לי יפסל מהך טעמא דכיון דפתה לגנוב אלו אתא לידיה גם הוא יגנוב אלא ודאי לא דמי דאדם טועה וסובר דלא אסרה תורה אלא שלא יגנוב הוא עצמו אבל לאמר לאחרים שיגנובו אין איסור בדבר הכי נמי הכא ס"ל דלא אסרה תורה של שיחתום הוא בעצמו אבל לומר לאחרים שיחתומו לא אסרה תורה וזה נ"ל ברור

ומיהו בב"ד לא נ"ל מיני בהכי דבלאו הכי המתנה היא בטלה דכיון דלא היה בה כי אם שני עדים ונפסל האחד המתנה בטלה וכמ"ש הפוסקים דשטר שיש בו שני עדים בלבד ואחד מהם פסול בעבירה אע"פ שמסר לו השטר בפני עדים הרי הוא כחרס מפני שהוא מזוייף מתוכו ונלמד דבר זה מההוא מתניתא דהוו חתימי עליה תרי גיסי דאיתא בפרק זה בורר דסבר רב יוסף לאכשורה בעידי מסירה ומסיק גם שהיא בטלה דבהאי קני לה בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא דמודה ר"א במזוייף מתוכו הנלע"ד כהבנתי הצעיר חבי"ב זלה"ה

סימן כ"ה

איזמיר להחכם כמה"ר נסים אמאטו נר"ו טבת התי"ן

שאלה ילמדנו רבינו ראובן ת"ח ביוהו שמעון אחי מותו ובנו חנוך תובע עלבונו ומעשה ב"ד בידו וחתומים בו ג' דיינים ואחד מן הדיינים הוא קרוב לחנוך שהם נשואי' שתי אחיות ראוי ראובן לעונש ע"פ מעשה ב"ד הזה או נאמן ראובן לומר להד"מ יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה הנשואי' שתי אחיות לכ"ע פסולי דכראשון עם ראשון תרי בעל כאשתו אמרינן לא פליגי אלא שני בשני אי אמרינן תרי בעל כאשתו או לא אמרינן ובדבר שממון פשיטא לי דאין ראוי על פי מעשה ב"ד הלז מאחר דבעדות הקרוב מזכה או מחייב לקרובו ממון דאע"פ שהיה רחוק למת ואם היה המת קיים היה יכול להעיד לו מ"מ כיון שמת ונפלו נכסי קמי יתמי שהם קרובים פסול להעיד ואע"פ שזה פשוט בעיני נראה ללמוד דבר זה ממ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בטור ח"מ סימן ל"ד לכיכך ש"מ שלוה לפני שני עדים הקרובים לו ורחוקים לבניו אין הלואה כלום כיון שהיו קרובים בשעה שנמסר להם העדות ע"כ והדברים ק"ו ומה אם כשהיו קרובים בשעה שנמסר להם העדו' פסולים אע"ג דבשעת העדאה רחוקים כ"ש כשבשעת הגדה הם קרובים ואפי' למאן דמכשר גם כשהיה קרוב לאב ורחוק לבניו בכאן שהוא הפך שהוא רחוק לאב וקרוב לבניו ובשעת הגדה נכסי קמי יתמי רמו פסול וה"ל היה יודע לו בעדות עד שנעשה חתנו ונעשה חתנו דפסול וכיון דבעדות פסול ה"ה בדין וכמו שמתבאר מדברי מהרש"ך ח"א סימן פ"ז ומהר"י אדרבי סימן ר"ד יע"ש

אמנם זה שעמד השואל ושאל בענין ביזוי ת"ח אם ראוי לעונש ע"פ מעשה ב"ד זה לא מחכמה שאל על זאת דמה יתן ומה יוסיף היותו קרוב לבן מאחר שהוא רחוק לאב המתבזה וכבודן של ת"ח לאו עליה דידיה דבן לחגר רמיא כדי שנאמר כיון דפסול לו אינו יכול להעיד ולא להיות דיין אלא אכ"ע רמיא לתבוע עלבון וביזוי של ת"ח כדאמרינן בברכות פרק מי שמתו ובירושלמי פרק אלו מגלחין על כ"ד דברים מנדין את האדם ואחד מהם המבזה לחכם אפי' אחר מותו וחייבין ב"ד לנדותו כדכתב הריב"ש ז"ל בתשובה וגדול כבודן של ת"ח דקודשא בריך הוא תבע ביקריה כדאמרינן בפרק מי שמתו וא"כ דל מהכא הבן כ"ע חייבים לתבוע עלבונו והעדים הם רחוקים להם וכשרים וכ"ש אם יש לת"ח הנז' בן אחר שאינו קרוב לדיין שיכול לתבוע עלבון אביו ויעשו לו דין ע"פ הקבלת העדות הזה דליכא למימר דכיון דבאותו עדות נפיק נ"כ לבן הקרוב אע"פ שתבע הבן הרחוק עלבון אביו אינו עדות דא"כ תמה על עצמך הרי הוכחנו דכבודן של ת"ח אכ"ע רמיא וא"כ אי אפשר שלא יהיה למעיד קרובים ונתבטל העדות אלא ע"כ אתה צריך לומר דכיון דעדותו מועיל לשאינו קרוב סלק הקרוב כמי שאינו ועדותו עדות אף כאן סלק הקרוב כמי שאינו ועדותו עדות לבן הרחוק ולשאר העם דבתרי גופי פלגינן דבור' לכ"ע היכא שהוא ואחר מעידין שבא על אשתו תובעין לבועל על פיהם ולא לאשה כדאיתא בפרק י"נ הכא נמי תרי גופי נינהו ופלגינן דבוריה להאמינו על הכשרים ולא על הקרובי' ומהאי טעמא כתב בנימין זאב בסימן רמ"ט דעד הקרוב למבזה ורחוק

ורחוק למתנה כשר דבתרי גופי פלגינן דיבורא אע"פי שדבריו תמוהים בעיני מאד דבשלמא כאומר פ' בא על אשתו הו בנדון שלפנינו שייך לומר בתרי גופי פלגינן דבורא אבל בנדון שלו איכי הולם איך מעניקים למבזה על פיו דאע"ג שלגבי המתבזה הוא רחוק ונאמן לומר כי ביזהו מ"מ למבזה הוא קרוב והיאך מאמינין אותו לענשו על פיהם כיון דעדותו אינו מועיל שהוא קרוב וא"כ ע"פי מי ענשינן ליה אבל בנדון שלפנינו הדבר ברור דכיון דהוי תרי גופי פלגינן דיבוריה ועדותו היא לרחוקים ולא לקרובים וגם בד"מ רבים וגדולים מהפוסקים סוברים דשטר שכתוב לשנים והעדים רחוקים לאחד וקרובים לשני אע"פ שהם פסולים לאותו שהעדים קרובים לו כשרים לאותו שהעדים רחוקים לו עיין בח"מ סי' נ"א ס"ו וכל זה שכתבתי הוא בהנחה שאם כבוד ת"ח לא היה מוטל על כל העולם היה נדון דידן דומה לדיני ממונות וכמו שאבל האמת אינו כן אלא אפילו נאמר דדוקא עליה דידיה דבן רמיא לתבוע כבוד אביו ולא היה לת"ח כי אם בן אחד קרוב לדיינים אין כאן חשש דאע"ג דעדים הקרובים למתבזה אין עדותם עדות מ"מ מיהא עדים הקרובים לבן המתבזה כשרים להעיד אפי' אחר מיתת המתבזה דלא דמי לד"מ דכיון דמת האב נכסי קמי יתמי רמו ונמצא שבעדותו מזכה ומחייב לקרובו ולמת אין שום הנאה של כלום אבל בחירופים וגידופים של ת"ח נהי דהבן הוא התובע הטובה הוא לכבוד החכם המת והעד המעיד הוא רחוק לו ודמיא הא למורשה שהורשה בשטר ידוע בין יוציא בין לא יוציא דקרוביו כשרים בין לדין בין לעדות כמ"ש הרמב"ן ז"ל הובאו דבריו בח"מ סי' קכ"ג סי"ב ועם שיש נחת רוח למורשה שיזכה המרשה על ידו כל שמחיוב או הפיטור אינו נמשך נזק למורשה כשר הכא נמי אע"ג שיש נחת רוח לבן שהמבזה לאביו ענוש יענש כיון דהעונש אינו אלא לכבוד אביו כשר

בללא דמילתא דראובן זה המבזה לת"ח ראוי לעונש הן לשרושי הן לענוש נכסין על פי המעשה כ"ד הזה וכל ב"ד הנטפל לזה להענישו מפני כבוד הת"ח רוח חכמים נוחה הימנו ומסלקים חרון אף מישראל הנלע"ד כתבתי הצעיר חבי"ב זלה"ה

סימן כ"ד

איזמיר ליפ"ם גביר נבון ומעולה כמה"ר משה אלגראנאטי נר"ו שנת הת"ד

שאלה ילמדנו רבינו ראובן היה חייב לשמעון חמשים גרושים בשטר ולוי ערב בעדו ויהי היום הגיע זמן הפרעון דרש שמעון מראובן שיפרענו והשיב ראובן יבא לוי הערב וע"י אשלם לך וכן עשה שבא לוי שלח בידו לשמעון אלף לבנים ובא לוי ונתן האלף לבנים לשמעון ואמר לו שיכתבם בשטר והשיב שמעון אלו האלף לבנים לקחתי' בשביל חוב אחר שחייב לי ראובן בע"פ שאין אתה ערב עליהם ובאו לדין לפני החכם השלם מורינו מר קשישא כמהר"ר יוסף אישקאפה נר"ו ופסק שהדין עםשמעון ויכול לומר שבשביל מלוה ע"פ שהיה לו על ראובן לקחם ויש מי שחלק עליו ואמר להדין עם ראובן יודיענו מעכ"ת דעתו הכלולה והנכונה להיכן נוטה ושכמ"ה •

תשובה עם שהחכם השלם המאור הגדול מר קשישא רבה ורב יוסף אהובנו האמת יותר אהוב' שלנו והנראה לע"ד פשוט שהדין עם החכם החולק החכם השלם נר"ו ולא מצי שמעון לומר סטראי ניהו דאע"ג דהלכה רווחת דאם היה ראו' פורע חובו לש' מידו לידו היה שמעון יכול לומ' סיטראי ניהו ולקחתי' בשביל חוב אחר שאתה חייב לי שאין לוי ערב עליהם וכן הדין ג"כ בשולח לפרוע חובו ע"י שליח כמו שכל הדבר מבואר בטור ח"מ סימן נ"ח וכ"ג ערב שאני והטעם ברור דבשלמא בשליח שאין עליו שום חיוב אלא שלוחיה דמלוה קא עביד והרי הוא כלוה עצמו אבל בערב לאו מכח שליחות הלוה הוא בא אלא מחמ' עצמו בא שהרי הוא כלוה למלוה ולכן יכול הערב לומר איך יתכן שיקחם מידי ויקחם בשביל חוב שאין אני חייב בו ודקדקתי דבר זה מדברי הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן פ"ג שכתב כלשון הזה ואם הלוה מודה בשתי ההלואות ושתיהם עבר זמנם ונתן לו מנה בשטר ולא פירש והמלוה אומר שרוצה לחשוב אותם בפרעון מלות פ' מפני שאין לו כח על הלוה לכנסו ובאחרת יש לו כח לכנסו כגון שיש לו ערב והלוה רוצה לחשוב אותה בפרעון המלוה שיש לו בה ערב כי הוא על אותה נתכון אין שומעין לו ע"כ והוא מדברי הרב בעל התרומות כמ"ש הרב ז"ל בב"י ואם איתא דאפילו נפרע ע"י הערב הדין כן אמאי נקטו דינם במחלוקת המלוה עם הלוה לשמעינן רבותא במחלוקת הערב עם המלוה ושלמלוה שומעין ומכ"ש כשמע דשומעין למלוה לגבי לוה אלא ודאי משמע דדוקא עם הלוה שומעין למלוה אבל עם הערב אין שומעין לו שהטעם שכתבתי

ואחר החיפוש מצאתי למהרש"ס ז"ל בחלק ח"מ סימן קי"ב משכים למ"ש שהוא נשאל בשני שותפין שלוו מראובן ונפרע ראובן ע"י אחד השותפין וטוען מה שנתפרעתי הוא מחוב אחר שהיה חייב לי השותף האחר לבדו והוא השותף שלא נפרע ע"י והשיב הרב ז"ל דע"כ לא אמרינן בגמרא דנאמן לומר סטראי ניהו אלא כששתי התביעות ר"ל שני השטרות אותו שהוא מוציא עתה ואותו שאומר המלוה שהיה לו ומאותו נפרע שניהם היו על חוב זה הנתבע אבל בנ"ד כיון שמודה לוי כו' לאו כל כמיניה לומר מאותו שטר שהיה לי על שמעון נתפרעתי שהרי ראובן אומר מה לי ולצרה לפרוע חוב שמעון מה שאני לא נשתעבדתי כו' והאריך על זה הרי בפירוש איתמר מדברי הרב ז"ל דכל שנפרע ע"י הערב שהוא כמו שותף ואין לו חלק בחוב האחר אינו יכול לומר סיטראי ניהו ומחמת חוב אחר שהלוה חייב לי נתפרעתי דלא מצי לומר סיטראי ניהו אלא כששני החובות הם על זה הנתבע וזה פשוט לע"ד

גם מצאתי בתשובה להרדב"ז ז"ל כ"י (הגה"ה הלא היא כתובה בתשובותיו המודפסות סימן קפ"א ע"כ הגה"ה) כתב בשם הריטב"א ז"ל דאם יש לראובן על שמעון שני חובות א' מחוב עצמו ואחד שהיה ערב בשביל אחר לאו כ"כ דמלוה לומר בשביל הערבות קבלתים ע"כ ואם בנדון הרב ז"ל ששתי החובות הם על הלוה אלא שהאחת בעד עצמו והאחר בעד ערבות חבירו לאו כל כמיניה דמלוה לומר בשביל חוב ערבות לקחתי' כ"ש המקבל מיד הערב שאין הער' חייב בחוב אחר דלאו כ"כ לומר בשביל חוב אחר שהיה חייב לי המלוה קבלתים

ועוד ראיה ממ"ש הרמב"ם והרב בעל הטורים בח"מ קל"ב ס"ה דא' שנתערב בשביל שנים כשיפרע הערב יודיע מאיזה חוב מהם פורע כדי שיחזור הערב עליו אלמא ביד הערב לפרוע באיזה חוב שירצה וה"ה כששני החובות הם על א' וכ"ש כשהוא ערב על חוב האחד ולא על החוב כנדון שלנו איברא דמשם אין ראיה אלא כמפרש מאיזה חוב פורע אבל אם פרע בסתם לא נתבאר דינו בהרמב"ם ורבינו בעל הטורים ז"ל ויראה דכיון דביד הערב לפרוע מהחוב שירצה מסתמא בנדון שלנו בחוב שהוא ערב נתכוון ולא בחוב שאינו ערב וסתם הרי הוא כמפרש (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות מהר"ש הלוי ז"ל וראיתי בחלק ח"מ סי' י"ז כתב שאם פרע בסתם אינו יכול לחזור על שום א' מהם דזיל הכא קא

מדחי

דלא מיהני לה וז"ל הכא קא מוחי לה ולכן כתב דלא אמרינן שטראי נינהו אלא כשהשני החובות הם על אדם אחד אבל כשהשני החובות הם על שני אנשים ונפרע ע"י הערב אינו יכול לומר בשביל פ' קבלתים אדרבה כל א' מהלווים יכול לומר בשבילי קבלת ואע"פ שלבסוף חזר בו וכתב · באופן שנראה לע"ד דבנ"ד בין שיהיה הערב בפנינו ואומר בשביל פ' פרעתים בין שאינו בפנינו הרשות ביד ראובן לומר מה שקבלתי מן הערב רצוני לקבלו בשביל פ' ולא בשביל פ' ויפטור למי שירצה ויתבע למי שירצה ע"כ אין סתירה לת"ש דלא השכים הרב ז"ל כן אלא מפני שקבל מיד מי שחייב בשני החובו' אבל בנ"ד שלא קבל אלא מיד מי שחייב חוב אחד פשיטא שאין בידו לומר בשביל חוב אחר שהיה חייב לי המלוה קבלתים וכן חילק ז"ל גם באותה תשובה הנדון שלו לנדון הרשב"ם ז"ל חלק ח"מ סימן קי"ב באופן דכל הני רבוותא ס"ל דבנ"ד שקבל מיד הערב והערב אינו ערב בשביל חוב האחר לא כל כמיניה לומר דבשביל חוב אחר שחייב לי ראובן ואינך ערב עליהם קבלתים ע"כ ההג"ה) . צור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו נפלאות מתורתו הצע"ר כתבתי חיים בכמה"ר ישראל נכנכבת זלה"ה

סימן כו

זה כתבתי עמ"ש החכם השלם כמהר"ם עדילה נר"ו על מעשה דאבימי פרק הכותב קושטה השפ"ו

גרסינן בפרק הכותב אביתי הוו משקי בי חוזאי כו' וכתב הר"ן ז"ל ומהא שמעינן שמי שנושא בחבירו כ' חובות הרשות ביד המלוה ליטלם מחמת חוב שהוא רוצה כו' ע"כ מאי דחזי לן בפירושא דהנך מילי מעלייתא וזיקוקין דנור דנפקי מפומיה דהר"ן ז"ל כך דעתינו נוסה שמהא בריה דרבה תבע השטר מבי חוזאי ולא רצו לנותנו מכני שהיו אומרי' דהלוה אחרת היה להם אצל אבימי ויקרב את משפטן לפני רבי אבהו ולפניו משפט יצא שהדין עם בי חוזאי מגו דלהד"מ ונר' ברור מכאן שמי שנושא בחבירו שני חובות הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פ' לקחתים דאלת"ה מה ראה רבי אבהו על ככה לזכות לבי חוזאי שלא יחזירו השטר לחמא דאפי' כי מהימני בי חוזאי לומר מלוה אחרת יש לנו על אבימי היה להם להחזיר השטר ומה בכע' לפיכו' השט' בידם ואין סבר' לו' דעכבו השטר עד שיודה אבימי שחייב להם חוב אחר דהגע עצמך שלא יודה אבימי לעולם שחייב להם חוב אחר מהני האי שטרא לגבות מהלקוחות או שלא יטעון אבימי פרעתי כיון דאבימי היה אומר דבשביל חוב שבשטר נתן המעות והרשות בידו אתמהא וזה דבר לא יכילנו שכל ורעיון והרי זה דומה למלוה שאוה שבשט' שבידו פרוע ואפ"ה מעכבו בידו בשביל חוב אחר שיש לו על הלוה בע"פ דהאי שטרא חספא בעלמא הוא ולא יצלח לכל אלא ודאי דהרשות ביד המלות לומר מחמת חוב פלוני לקחתים ולזה ר"א דן את הדין וזיכה לבי חוזאי שלא היו רוצים לחזור שטרו והיו אומרים שמחמת חוב שבע"פ לקחו המעו' ולרווחא דמילתא עוד אני אומר דהר"ן ז"ל לאו אהך עובדא דאבימי לחוד סמיך אלא אף אעובדא דפרק שבועת הדיינין נמי סמיך דפליגי בה רב פפא ורב נחמן דמר אמר איתרע שטרא ומר אמר לא איתרע שטרא ואם הרשות ביד הלוה לומר מחמת חוב פ' נתתים מאי דעתיה דרב פפא לומר דלא איתרע שטרא והלא אפי' כי מהימניה בי חוזאי לומר שטראי נינהו פשיטא דאיתרע שטרא והיה להם לחזור השטר דלא מהני ולא מידי ובשובה דפרק שבועת הדיינין משיימינן ובמעשה דאבימי כו' דמעש' דאבימי וכו' שבועת הדיינין כי הדדי נינהו ומ"ש היא רוצים לטרוף את השטר לגבות בו ואפי' לר"פ דאמר דפ' שבועת הדיינין דאיתרע שטרא ה"מ כי פרעיה בידיה ובין דיליה מגו דיכול לומר לה"ם יכול לומר פרעתי נינהו פירוש ולא איתרע שטרא כרב כפא ולמאי הכי' דמהימנינן ליה מטעם מגו אכתי יכול הלוה לומ' מחמת חוב שבשטר והרשות בידו ואיתרע שטרא אלא ודאי דהרשות ביד המלוה לומר בשביל חוב פ' לקחתים ונראה הכל ויצא דינו של הר"ן ז"ל מזוקק שבעתים

אמנם מה שראיתי להחכ' השלם נר"ו המחזק להשיב אחרי ראותו דברי התוס' בפה"ה והמרדכי במתניתין דתנן להוציא לא אמרינן נתיישבו לי דברי הר"ן ז"ל בעיני יכלא היא דהיאך כתב הר"ן ז"ל דאלת"ה כי מהימני בי חוזאי לומר שטראי נינהו אכתי יכול היה אבימי כו' שנראה ברור מדברי' אלו שכוונת הר"ן ז"ל לומר דלע"ג דמחמת המגו נאמנין לומר שחוב אחר היה להם אצלם מ"מ היה להם לחזור את שטרו כו' ואם כדבריו כך היה לו לומר דאלת"ה היכי מהימני בי חוזאי לומר שטראי נינהו כו' ואחת שנית שיולא לנו מדבריו שהרשב"א והר"ן ז"ל דעומדים בשטה זו סוברי' דמגו להוציא לא אמרינן ולא היא וכמו שאבאר ונה לי ימים ראיתי כתבו' הריב"ש ז"ל סי' של"ו שכתב העלו והוכיחו האחרוני' בראיות ברורות דמגו להוציא אמרינן והיה הדבר קשה לי עד אחד שלא מצאתי בפירוש לשום אחד מן האחרונים שיאמר דמגו להוציא אמרינן ועתה אדוב אתפלא דאם הרשב"א והר"ן ז"ל סוברים דמגו להוציא לא אמרינן כדברי החכם נר"ו הנהו אחרונים דכתב הריב"ש ז"ל שהעלו דמגו להוציא אמרינן מאן נינהו דלא ידעינן להו ותו אפשר דהרשב"א והר"ן ז"ל יהיו חלוקים על זה ויכתוב הריב"ש ז"ל סתם שהסכימו האחרונים דמגו להוציא אמרינן ח"ו לא תהא כזאת בישראל ואחזה אנכי אבית לבי לתור ולדרוש בדבר זה וראיתי שהמקור שממנו חוצב דין זה דמגו להוציא לא אמרינן הוא עובדא דפח"ה דנחין ולחים אין שטרא זייפא הוא כו' ואמר רב יוסף האי שטרא חספא בעלמא הוא והקשו התוס' דלהימני במגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ותירץ ר"י ז"ל דמגו להוציא לא אמרינן

וראיתי לרב המגיד ז"ל בפ"ר מה"מ שכתב בשם הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל שתירצו דהתם הטעם שאינו נאמן במגו הוא מפני שבשעה שהודה המלוה שהוא מזוייף לא היה מקויים ומפני זה אפי' קיימו אחר מכאן אינו גובה שהרי בשע' הודאתו לא היה בם מגו שעדיין לא היה מקויים ושוב אין' נזקקין לו אבל אם קיימו ואחר מכאן הודה נאמן מדין ע"כ ומתוך דברים אלו נראה דס"ל להרמב"ן והרשב"א ז"ל דמגו להוצי' אמרי'וכן מצאתי למהרש"ח ז"ל בספר בני שמואל בהלכות חזקת קרקעות סוף סי' קמ"ו כתב איכא פלוגתא ביני רבוותא אי אמרינן מגו להוציא או לא ודעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דמגו להוציא אמרינן ע"כ גם להריטב"א בחדושי בתרא פח"ה מצאתי שסובר דמגו להוציא אמרינן מההיא דפרק האשה גבי כתוב' ונר' מדברין דהרמב"ן ז"ל ס"ל דמגו להוציא אמרינן שוב בדקתי אחר שטת הרמב"ן ז"ל למסכת בתרא וראיתי גם שסובר דמגו להוציא אמרינן כדברי מהרש"ח ז"ל ואחר שמצאתי זה נחה שקטה נפשי דעל גדולי האחרונים אלו נתכוון הריב"ש ז"ל וכתב שהאחרונים הסכימו דמגו להוציא אמרינן וכן מצאתי בתשו' כ"י להרשב"א ז"ל הלכות הלוואות סי' ל"ר כתב דמגו להוציא אמרינן איברא דבמכוונות להרמב"ן ז"ל סי' ק' והרשב"א ז"ל בח"ב סי' רכ"ד כתב דמגו להוציא לא אמרינן (הגה"ה כבר נתעוררתי בזה בתשו'

בתשובה אחרת מהחלק הזה סימן   ובספר כנסת הגדולה
חלק ח"מ סי' מ"ד בהגהת ב"י אות ו' מהדורא שניה יע"ש
ע"כ ההגה"ה) · וכדי שלא ליתן פתחון פה למי שירצה
להתעקש ולומר דאע"ג דהרשב"א סובר דמגו להוציא אמרינן
אין ראיה דהר"ן ז"ל סובר דמגו להוציא אמרינן אלא דסובר
דמגו להוציא לא אמרינן ולפיכך הוציא דינו מההיא דאבימי
אבל הרשב"א ז"ל דסובר דמגו להוציא אמרינן לא דייק מהכא
אלא ממקום אחר שפשפתי עוד בדבר הזה עד שמצאתי
להר"ן ז"ל בפרק שבועת הדיינין גבי עובדא דסטראי ניניהו
דברים שמוכרח לומר דס"ל דמגו להוציא אמרינן וז"ל הר"ן
ז"ל שם וכתבו הרי"ף והר"י הלוי ז"ל דכי אמרינן איתרע
שטרא ה"מ דיהבינהו ניהליה לשם פרעון אבל אי לא אידכר
ליה פרעון שלא אמר תא שקול הני זוזי מהימן לומ' סטראי
ניניהו במגו דאי בעי אמר במתנה יהבינהו ניהליה כדאמרי'
בפרק שבועת העדות ואין דבריהם מחוורים דכי אמרינן
התם דנאמן ה"מ כשהלוה בא להוציא ממונו ממנו דמשום
דאוקי ממונא בחזקת מריה מהימנינן ליה דבמתנה יהבינהו
ניהלי' אבל בכאן שהוא בא להוצי' ומש"ה לא מהימן לו' סטראי
ניניהו למה יהא נאמן יותר לומ' במתנה יהבינהו ניהליה ע"כ
ולכאורה   יש לדקדק על דבריו שהיאך כתב שכאן הוא
בא להוציא ומ"ה לא מהימנינן ליה לא בטענת
סטראי ולא בטענת מתנה והא כיון דנקיט שטרא בידיה לא
הוי להוציא אלא להחזיק כמ"ש התוס' ז"ל בפ"ה והרא"ש
ז"ל בפרק שבועת הדיינים והמרדכי בשמעתין ובעל התרומו'
בשער כ"א ולכן כ"ל דס"ל להר"ן ז"ל דאע"ג דאיכא שטרא
מקרי להוציא כיון דהשטר עדיין מחוסר גובינא ונסמך לו
ז"ל על הא דאמרינן בפרק כל הנשבעין דב"ה סברי דשטר
העומד לגבו' לאו כגבוי דמי וכיון שזכינו לדין זה שהר"ן סובר
דאע"ג דאיכא שטרא מיקרי להוציא לא תעזוב נפשי לשאול
היכי אמרינן הכא ובפרק שבועת הדיינין מגו דיכיל למימר
לא הד"ס יכיל למימר סטראי ניניהו והא הוי מגו להוציא
אלא ודאי דמוכרח לומר דסובר הר"ן ז"ל דאע"ג דהיכא דהוי
להוציא לא מהימנינן ליה היינו היכא דליכא מגו דכיון דליכא
מגו והוי להוציא ריע טענתיה אבל היכא דאיכא מגו אע"ג
דהוי להוציא אלים המגו אפילו להוציא דמגו להוצי' אמרינן
זה נראה מבואר בדעת הר"ן ז"ל אין לנטות ימין ושמאל ·
שקלת   תימא על הרב מהרש"ח שכתב שהרמב"ן והרשב"א
ז"ל סוברים דמגו להוציא אמרינן ולא זכר את
הר"ן שגם הוא מבעלי סברא זאת וכמ"ש ויש להגדיל התימא
על מהריב"ל ז"ל שכתב בכללי המגו בח"א וז"ל ולכאורה
היה נראה דר"י ז"ל דאינו מפרש כפירוש ריב"ש ז"ל לא ס"ל
בותיה אלא דס"ל דאמרינן מגו להוציא וכד מעיינינן בפסקי
הרא"ש ז"ל אשכחנא דכ"ע ס"ל הא דריב"ש ז"ל דמגו להוציא
לא אמרינן כו' ע"כ ותמיהא לי טובא שהרי דעת הרמב"ן
והרשב"א ז"ל דמגו להוציא אמרינן כמ"ש מהרש"ח ז"ל וכמ"ש
הרמב"ן בחידושיו והרשב"א בתשובה כ"י גם דעת הר"ן ז"ל כן
כמ"ש ותו איך אשתמטיתיה למרן ז"ל מה שכתב הריב"ש ז"ל
בתשובה סי' של"ו דהסכימו האחרונים דמגו להוציא אמרינן
וליכא למימר דמ"ש הרב ז"ל דכ"ע ס"ל דמגו להוצי' לא אמרי'
היינו ר"י וריב"ש האמורים למעלה דאטו ר"י וריב"ש הוו כ"ע
ותו היה לו להביא שיש חולקים ואומרים דמגו להוצי' אמרי'
שוב ראיתי בח"ג מתשובותיו סי' ע"ט בדיני המגו כתב אי
אמרינן מגו להוציא איכא פלוגתא דרבוותא איכא מרבוותא
דסברי דמגו להוציא לא אמרינן כו' ע"כ וגם בזה לא הרוה
צמאונינו שהיה לו לבאר דאיכא מרבוותא דסברי דמגו להוצי'
אמרינן והיה לו לבאר מי בעל דברים ומי ילך לו את אלה
דמגו להוציא אמרינן ומי ומי הם המדברים בענין זה (הגה"ה

עיין מ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' פ"ב בהגהת
הטור בכללי המגו אות ק' ע"כ ההגה"ה) וא"ת אם הר"ן ז"ל
סובר דמגו להוציא אמרינן מנ"ל למידק דינו מהא דאבימי
דזלמא הא דנאמנים בי חוזאי לומר סטראי ניניהו מפני שהיו
טוענים שאבימי שלחם משום סטראי וכל זמן שלא יברר
אבימי שלא' מחמת חוב שבשטר כיון דאית להו וכיון דעל מגו
נאמן אין חילוק בין בא להוציא לבא להחזיק וי"ל דנהי דסובר
הר"ן ז"ל דמגו להוציא אמרינן היינו בשטוען ברי' אבל
כשטוענים שמא כי הא דבי חוזאי דאבימי היה טוען ברי'
והם היו טוענים שמא שהרי לא היה שם בשעת מתן מעות לא
מהימני מחמת המגו

אבל   אי קשיא על דברי הר"ן ז"ל הא קשיא לי דנהי דיש
להוכיח מהך עובדא דאבימי דהיכא דפרע לו סתם
הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פ' לקחתים דאל"כ היה
יכול אבימי כו' מ"מ מנ"ל דאם הלוה פירש בשעת פרעון הלך
מלוה פ' ומלוה קבל ושתק שיכול לומר מחמת חוב פ' לקחתים
והאי דשתיק לאו משום דאודויי אודי ליה אלא פקח היה לשתוק
כדי לתפוש אי משום עובדא דאבימי איכא למידחי שפרעו
בסתם ומ"ה מהימני בי חוזאי לומר בשביל כך קבלנו אבל
לעולם אימא לך שאם היה מפרש שבשביל חוב פ' היה נותנם
להם ושתקו אין כח בידם אח"כ לומר בשביל חוב פ' אחר
קבלתים ואי לאו מהך סוגייא דייק הכי אלא מכח הסברא
דכיון דאם לא פירש הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פ'
קבלתים ה"ה כשפירש הלוה ושתק המלוה איכא לאקשויי
מנ"ל הא והרי הרב בעל הטורים ז"ל שעומד בסברת הר"ן ז"ל
בסי' פ"ג היכא שפרע לו בסתם נראה מדבריו דבמפרש חולק
על הר"ן ז"ל שהרי לא כתב דין זה שם ומשמע מזה דלא ס"ל
וכמ"ש השמ"ע וכן מוכיח מלשון הרב בעל הטורים ז"ל שכתב
שם ואם הלוה מנה בשתי הלואות ושתיהן עבר זמנן ונתן
לו מנה בסתם ולא פירש כו' הרשות ביד המלוה כו' ומדכתב
ונתן לו מנה בסתם ולא פירש משמע דהכל תלוי במה שלא
פירש הלוה שאם הלוה פירש מאיזה חוב הוא הכל לפי פירושו
גם דברי בע"תה בשער ד' שהעתיק הרב ז"ל בב"י בסי' הנז'
כן מוכיחין כפירוש שאם לא פרעו סתם אלא שפירש לו מאיזה
חוב אפי' שתיק המלוה אין יכול אח"כ לומר בשביל חוב פ'
לקחתים אלא דאודויי אודי ליה

וצ"ל   דהר"ן ז"ל דייק מעובדא דאבימי דאפי' פירש הלוה
בשעת פרעון ושתק המלוה לאו אודויי אודי ליה
אלא פקח היה כדי לתפוס דמסתמ' משמע בהך עובד' דאבימי
לוה לחמא שישלם המעות לבי חוזאי ויקח השטר מדאמרינן
פרעינהו ואמר להו הבו לי שטרא ואם אבימי לא ביא'לו שמעו'
הללו בשביל חוב שבשטר שלחם לבי חוזאי מנא ידע חמא
בריה דרבה שמעות הללו היו בשביל חוב השטר או שהיה להם
שטר עליו עד שהוצרך לשאול לבי חוזאי שיתנו לו השט' דליכ'
למימר דאבימי תבע להם השטר אח"כ דליכא דתלמודא
דקאמר אית לך סהדי דפרעתינהו משמע דבי חוזאי וחמא
שלוחו של אבימי יחדיו למשפט נקרבו לפני ר' אבהו ועוד
דהרא"ש ז"ל הביא הגירסא אזל פרעינהו ואמר להו הבו לי
שטרא ולפי גירסא זו ליכא לפרושי אלא שחמא תבע את השט'
וכיון שהוכחנו דאבימי פירש לחמא שיפרע לבי חוזאי מעות
הללו בשביל השטר יפה הוכיח הר"ן ז"ל דאפי' פי' הלוה בשעת
פרעון ושתק המלוה דיכול לומר אח"כ בשביל חוב פ' לקחתי'
דאל"כ ר' אבהו היאך דן את הדין שלא יחזירו השטר כיון
דאבימי היה יכול לטעון שבשביל חוב השטר לקחם בפירוש
ואף שחמא לא פירש להם אין במעשיו כלום שאינה מדעת
המשלח כמו שיתבאר בס"ד

וא"ת   לדעת הר"ן ז"ל היכי אמרינן בפרק מי שהיה נשוי

גבי עובדא דקטינא אבל אמרו ליה הני ז' זוזי דמי קטינא סלוקי סלקוה דכשלתא לדעת הבע"הת והר"ב הטורים ז"ל דכל שפירש הלוה שמחמת חוב פ' נתנם ושתק המלוה שוב אין המלוה יכול לומר אח"כ בשביל חוב פ' קבלתים מכינן למימר דהתם מיירי בששתק המלוה ומ"ה סלוקי סלקוה אבל לדעת הר"ן ז"ל דאע"פ ששתק המלוה יכול לומר מחמת חוב אחר לקחתים היכי קאמר סלוקי סלקוה והרי הרשות בידו לומר מחמת חוב פ' קבלתים וליכא למימ' דהתם מיירי דאמרו ליה דמי קטינא והמלוה הודה וקבלם כן כפירוש דהי"ל לבעל התלמוד לפרש כן דהודה המלוה שקבלם בשביל דמי קטינא כיון שהכל תלוי בהודאת המלוה וי"ל דאף לדעת הבע"הת והרב בעל הטורים ז"ל קשה הך עובדא דקטינא דמהך עובדא נראה דכיון דפירש הלוה שבשביל חוב פ' הוא נותנו אע"פי שהמלוה לוקח ככרוכייא ועליון יתן קולו שאינו רוצה לקבלם בשביל חוב פ' אלא בשביל חוב אחר אין בדבריו כלום ואלו הם ז"ל כתבו דאם המלוה אומר שלא יקבלם אלא בשביל חוב זה דיכול לכוף את הלוה בכך דעבד לוה לאיש מלוה וי"ל לפי דבריהם דיתמי שאני דאינהו לא מחייבי מידי ולפיכך ירם על העליונה כמ"ש הבע"הת בספר כ' והביאו הרב ז"ל בב"י סי' פ"ג וא"כ אפי' לדברי הר"ן ז"ל יתמי שאני דאינהו לא מחייבי מידי ולפיכך ירם על העליונה כששתק המלוה · וא"ת לפי מ"ש דבע"הת והרב בעל הטורים ז"ל פליגי אהר"ן ז"ל היכא דהלוה פי' בשעת הפרעון דבשביל חוב פ' הוא נותנם והמלוה שתק מה יעשו מהך עובדא דאביתי ז"ל שהם ז"ל יפרשו דאבימי לא הזכיר לחמא את השטר ומ"ת חמא תבע להם את השטר דידע שהיה לבי חוזאי שטר על אבימי וכיון דהיה יודע דהיה להם שטר על אבימי דן בדעתו שמחמת מעות הללו ששלח לפרעם ע"י בשביל חוב השטר הוא וע"כ תבע השטר לבי חוזאי אי נמי הם יפרשו שאבימי תבע להם השטר אח"כ והא דקאמר אית לך סהדי דפרעתינהו דמשמע דעם חמא עמדו לדין אפשר דבשעת עמום לדין אבימי עם בי חוזאי לדון הלך חמא עמהם ושאל ר"א לחמא אית לך סהדי כו' ואפשר נ"כ שהיו גורסים אית לך סהדי דפרעיתנהו ששאל ר' אבהו לאבימי אית לך סהדי דפרעינהו חמא לבי חוזאי וכבר אשה דואה מפורש דמאי דס"ל לבע"הת ז"ל שהמלוה יכול לכוף ללוה ליתלם בשביל החוב שהוא רוצה הר"ן ז"ל חלוק שהרי כתב והאי דשתיק לאו מסום דאודויי אודי ליה אלא פקח היה כדי לתפוס ואחר שתפס בירר דעתו בשתיקתו ע"כ ואם איתא דס"ל דקבלה ביד המלוה לכוונו בכך היכי אמר פקח היה כדי לתפוס מאחר שבידו לכוונו על כך ויש לדחות דה"ק פקח היה כדי לתפוס כדי שלא יצטרך להביאו בדינא ודיינא אבל נראה. ונראה שאע"פי שבעל התרומות סובר דיכול לכוונו על כך היכא ששתק אודויי אודי ליה כמ"ש והוצרכתי לכתוב זה לפי שראיתי להחכם נר"ו לא דקדק בלשונו וכתב על דברי הר"ן ז"ל ויותר מזה כתב הטור בשם בע"הת כו' דמשמע מדבריו דדברי הר"ן ז"ל מוסכמים אבל בעה"ת וליתא וכדכתבינן · וזה חזיתי להחכם נר"ו כתב וראיתי לאחד מיוחד מן האחרונים שמעיינים שהקשה על דברי הר"ן ז"ל כו' ויש קלת מזה במרדכי בזה הפ' כו' ע"כ ואפריין נמטייה שקיים מלות הסמיכה בכל עוז אפי' בזמן הזה אבל ששאלה מקנו מה זה שכ' ויש קלת מזה במרדכי כו' וראיתי במרדכי ואין הדין כן שלא עלה על דעת המרדכי לומר שהם יכולים לומר מחמת חוב פ' שבע"פ אנו לוקחים אותם דזה אפי' נימא שהרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פ' אני לוקחם היינו היכא שהלוה פרע למלוה מיד ליד אבל היכא שפרע על יד השליח אין הרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני' אני לוקחם דלמה יפסיד השליח ולא כתב המרדכי אלא שיכול לומר שהשליח כנס לו לשם ספראי דהשתא ליכא לפירך

למה יפסיד השליח שהרי היו טוענים ששליח אינו דאפשר דהכניסה בכתנס לשם ספראי ובהימני מחמת המנו ואכ"ה ברור הוא דאין דין המרדכי אמור אלא כהנחה שהרשות ביד המלוה לומר מחמת חוב פ' אני נוטלם דאלת"ה אלא שהרשות ביד הלוה לומר מחמת חוב פלוני אני נותנם מה הועילו בני חוזאי לטעון שהשליח נתנם לו לשם ספראי ומה בכך כיון דהלוה יכול לומר מחמת חוב שבשטר אני נותנם ותנו לי שטרי ואם השליח אינו אומר כן טעה בדברי שליחותו ונתבטל שליחותו וכמאן דליתיה דמי וכמ"ש החכם נר"ו וכל דבריו בזה נכוחים למבין עד שאני תמה מחמת כשיטות הדברים לא היה צורך לכתבם

גם מ"ש מדברי הרמ"ה שבטור ח"מ סי' קפ"ב ס"א שכתב שכל זמן שלא יברר המשלח ששלוחו שליח לקנות לו סתם יכול המוכר שהתנה עמו בין לעוות בין לתקן והמע"ה אלא דוקא התם שהיה המשלח מוליא ועליו הראיה אבל כאן דהוא בהפך דבי חוזאי היו טוענים כן להוליא מעות מאבימי אינם כזמנים אלא צריך שיבררו בעדים ששלחו אבימי שליח בין לתקן בין לעוות דברי פי חכם חן ולשון הרמ"ה ז"ל שכתב והמע"ה משיעו ומוכיח כן בבירור ואין ספק אצלי בזה דאם לא כן למה יהא נאמן המוכר נגד המשלח כיון דהמשלח טוען ברי והמוכר טוען שמא אם לא הכני שהוא מוחזק ודאיה לזה מהא דתנן בפרק השואל המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחה לחבירו וילדה כו' יע"ש גם בש"ע סימן רכ"ג אבל מ"ש החכם נר"ו ומשום דאית ליה מינו לא מהימני משום דהוי מגו להוליא ומגו להוליא לא אמרי' אין דעתי נוחה בזה שכל כתבתי למעל' והוכחתיו בשכם דהר"ן אית ליה דמגו להוצי' אמרי' וכל זה כתבתי כפי דברי החכם נר"ו דלדידי אין צורך לזה דאפי' נימא שדין הרמ"ה ז"ל הוא אפי' בבא להוצ' ואפי' נימא דהר"ן ז"ל סובר דמגו להוציא אמרינן בשטוען שמא לא קשיא עליה דהר"ן ז"ל מדברי הרמ"ה ז"ל דאשו נברא מגברא קא רמית דילמא הר"ן ז"ל חולק על הרמ"ה ז"ל וסובר דכל זמן שלא יברר המוכר ששלחו שליח בין לתקן בין לעוות הרשו' ביד המשלח לומר לשליח שעוות שליחותו ולתקוני שדרתיך ולא לעוותי · ומאי תאמר כיון דהרב בעל הטורים ז"ל כת' דברי הרמ"ה בלי שום חולק ואנחנו לא נדע מי הוא החולק על הרמ"ה ז"ל אין לנו לומר מסברת הכרס דהר"ן ז"ל חולק על הרמ"ה ז"ל דאפושי במחלוקת לא מפשינן שאע"פ שהרב ז"ל בספר הקצר כתב סברת הרמ"ה בלשון יש מי שאומר אין לזון מדבריו דסברת הרמ"ה ז"ל אינה מוסכמת כיון דשאר הפוסקים לא גילו דעתם בזה קרוב לודאי שאין דעת כדעת הרמ"ה ז"ל דאי לאו הכי לא הוו שתקי מיום גילו בזה וכעין מ"ש הרי"ף ז"ל ביבמות בפרק האשה שהלך בשלה למ"ה ז"ל ודאי אי איתנהו להנהו מילי דאמר רב יודאי גאון ז"ל לא הוה שתיק גמ' מיניייהו ע"כ ומהריב"ל ז"ל משתמש בכלל זה הרבה בעתי' בספריו ומ"ה כתב הרב ז"ל בספר הקצר לא היה צורך הרב ז"ל בספר הקצר לכתוב סברא מוסכמת בשם יש מי שאומר מפני שלא נזכר סברא זו בשאר פוסקים כמ"ש הסמ"ע בח"מ סימן י"ז ובמקומות רבים מספרו

(הגה"ה וכבר כתבתי כלל זה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות כ"ג ובספר הכללים בכללים בדרכי הפוסקים שהחרה ב'ע"כ ההגה"ה) הא ליתא שחקרתי אח'דבר זה ומה שתשלה מלותי שהר"ן ורובא דרבוותא כמעט כולם חולקים על הרמ"ה ז"ל בזה דגרסינן בפרק נ"פ ההיא איתתא דיהבי זוזי להאי גברא למזבן לה ארעא כו' ע"כ וקיימא להו לרבוותא להרהב"ד ולהרמב"ם ולהרשב"א ולהמרדכי ולהר"ן ולנ"י על הך עובדא דאאי לא הוי ביטול מקח כדאמרינן בפר' האיש מקדש ובפ' אלמנה ניזונת דשליח שטעה בעל המקח ותי' כל א' וא' לפי

דרכו כמו שירא' הרואה בהגהות פ"א מה"ש ובהרמב"ם ז"ל פ"ב ובהר"ן ז"ל פרק האיש מקדש ובמרדכי ונ"י. כג"פ ומדברי כולם כלמוד דס"ל הפך סברת הרמ"ה ז"ל ואי ס"ל כהרמ"ה ז"ל מה הוקשה להם בעובדא דפרק ג"פ יתרלו דהא דאמרינן בפרק אלמנ' ניזונת ובפרק האיש מקדש דשלי' שטעה בטל המקח כשיכול השליח לברר שלא עשאו שליח בין לתקן בין לעוות ועובדא דפרק ג"פ איירי בשלא היתה האש' יכולה לברר שלא עשאתו שליח בין לתקן בין לעוות ולפי' המקח קיים מדלא תירלו כן כר'דס"ל דעל המוכר לברר הפך סברת הרמ"ה ז"ל ויש לדחות שהם רלו לייבב עובדא דפרק ג"פ בכל גוונא אפי' היתה האשה יכולה לברר שעשאתו שליח בסתם קיים ומ"מ פשטן של דברים נראה כמ"ש ואפי' תימא דלא פליגי מדברי המרדכי שכ' בפרק האיש מקדש וריב"א פירש אפי' לא ידע שהיה שלוחו ואח"כ נודע בעדים שהיה שלוחו המקח בטל ומדלא כת' ואח"כ נודע בעדים שהיה שלוחו ושלא עשאו שליח בין לתקן בין לעוות מוכח דס"ל ז"ל דלא כהרמ"ה ז"ל

ונראה לע"ד שהרמב"ם ז"ל בפ"ב מה"ש שכתב ראובן אומר בשמא אמרתי לך למכור והסרסור אומר כן אמרת לי למכור כו' אם ידע הלוקח שהחפץ זה של ראובן וזה המוכר סרסור הוא יחזיר החפץ לבעליו והראב"ד ז"ל הגיה עליו זה אינו כלום שלא יחזיר ולא עוד אלא שאפילו הסרסור מודה יאמר הלוקח קנוניא אתם עושים עלי ע"כ וכו' שדעת הרמ"ה כהראב"ד ז"ל דאין הלוקח נאמן ולכן כתב שאם לא יברר שעשאו שליח סתם יכול לומר הבא ראיה שלא עשיתו שליח בין לתקן בין לעוות והרב בעל הטורים שקבע בסימן קפ"ב דברי הרמ"ה ז"ל בסתם משנה. לטעמיה אזיל שכתב בסי' קפ"ה דמסתברא כדברי הראב"ד ז"ל וכן מוכיח מדברי הרמב"ם בחלק ח"מ סי' ק"י ומ"מ קשה למה בסימן זה כתב דברי הרמ"ה ז"ל בסתם ולא הביא חולק עליו ובסימן קפ"ה הביא מחלוקת הראב"ד והרמב"ם אבל מלאתי למת"ע בסי' קפ"ה כתב דלא פליג הרמב"ם עם הרמ"ה ומודה הרמב"ם להרמ"ה ז"ל בשליח שאינו נוטל שכר על שליחותו דמסתמא אינו מתעסק בשליחות אם לא שיאמר לו בין לתקן בין לעוות דאל"כ מה לו ולצרה להתחייב למשלח אם יעוות מה שאין כן בסרסור שנוטל שכר על סרסרותו ה"כ דלא כתב כן הרמ"ה ז"ל אלא בשליח שהרשהו למכרו בלא קצבה מסא"כ כשהתנה בפירוש שלא יתנהו אלא במנה ע"כ כלומר דכשהתנה בפירוש שלא יתנהו אלא במנה לא מהני התנאי שהתנה עמו בין לתקן בין לעוות ואין דבריו מוכרחים (הגה"ה בס' כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' קפ"ב בהגהת הטור אות כ"ה כתבתי דהב"ח בסי' הנז' דחה דברי המת"ע וכת' דהרמ"ה ז"ל איירי בשטוש שליח לקנות לו קרקע או מטלטלין שהמוכר מוחזק במעות בהא אמרינן המע"ה שאין לו כח להוליא המעות מיד המוכר אם לא שיברר שעשאו שליח בסתם אבל הרמב"ם איירי בסרסור שמוכר החפץ ומקבל דמים מהלוקח דל"ת היכא דיוכל המשלח לברר בעדים שהחפ' הוא שלו והלוקח לא בא להחזיק בחפץ אלא מכח הסרסור שמכרו לו והמשלי' טוען שלא הרשהו למכרו בן' ושמיהא הלוקח חייב להחזיר גוף החפץ למשלח אלא אפילו בדליכא עדים אלא דהלוקח ידע ומכיר החפץ שהוא של ראובן חייב הוא להחזיר החפץ ודומה לזה כתב הראב"ד ז"ל בסימן כ"ג דע"כ לא קאמר הרמ"ה ז"ל דהמשלח לריך לברר אלא כשהמוכר מוחזק אבל אם המשלח מוחזק לריך המוכר לברר וכתב עוד ואפשר דאפי' הראב"ד ז"ל אינו חולק עם הרמב"ם ז"ל יע"ש) ואיך שיהיה אפי' נימא דכולהו הני רבוותא לא פליגי על הרמ"ה מי האומר שהר"ן ז"ל אינו חולק על הרמ"ה ז"ל

שכתי ורלה דברי הרא"ש ז"ל. בהך עובדא בפרק ג"פ פשוט וקשים הם בעיני לשמוע שכתב לבאורה משמע שאמר למוכר שהיה הקונה השדה לאשה. פ' כו' וכיון שגילה בשליחותו שמשם קונה שהיה אין קונה אלא באחריות דלא שרי איניש זוזי בכדי בטלה שליחות ואין כאן מקח לפך הוכרך לקנותו ע"כ

ותמיה לי שכיון שפירש שלאשה לקחו וגילה מדעתה ובטלה שליחות ואין כאן מקח למה חייביה רב נחמן לשליח ללקחו מן המוכר שלא באחריות ולמכרו למשלח באחריות יתבטל המקח כיון שגילה מדעת המשלח ונ"ל שדברי הרא"ש ז"ל מתפרשים חדא מתרתי או שסובר כדעת הרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י סימן קפ"ב דהשליח והמוכר התנו ביניהם בדברים מפורשים ולפי' המקח קיים אכלם ולא נתבטל המקח לגבי מוכר אלא לגבי לוקח דהוי ביטול מקח וזהו שכתב בטלה שליחות ואין כאן מקח לגבי המשלח או שסובר כדעת הרמ"ה ז"ל דכל זמן שלא יברר המשלח שלא עשאו שליח בין לתקן בין לעוות המע"ה ולכך חייביה רב נחמן לשליח שיהיה המקח קיים ושיקבל הוא האחריות לפי שלא בירר האשה שלא עשאתו שליח בין לתקן בין לעוות ומ"ש הרא"ש ז"ל בטלה שליחות ואין כאן מקח כו' ה"פ כיון שגילה מדעת המשלח בטלה שליחות ואין כאן מקח כל זמן שיברר המשלח שלא עשאו בין לתקן בין לעוות ולפי שלא בירר האשה זה כבירור הוכרך לקנותו שנית מן המוכר (הגה"ה עיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן קפ"ב בהגהת ב"י אות ט' שהארכתי בזה הרבה ע"כ הגה"ה) ובדברי הרב בעל הטורים והרב ז"ל בב"י יש לי מקום עיון לא עת האספ אקח מועד בע"ה ואתיישב בדבריהם ז"ל כס"ד

וראיתי להחכם כר"ן חקר חקירה בדברי הרא"ש שכתב דיותר ברלון אדם פורע חוב שבשטר מחוב של בע"פ אי פליג על הר"ן ז"ל בדין נושה בחבירו שני חובות כו' ואין ספק שזו חקירת חכם שכמותו ומה אחד תמהתי ממהרש"ח ז"ל שכתב בביאורו בסימן כ"ח שהרא"ש ז"ל חולק על הר"ן ז"ל איך כתב שכמו לשבול דבר זה דאם כן נפיק מינה דהרב בעל הטורים ז"ל בסימן פ"ג שסובר כסברת הר"ן ז"ל חולק על אביו הרא"ש ז"ל לא זו הדרך ועוד אפי' נימא דחולק על אביו ז"ל היה לו לבאר שהרא"ש ז"ל חולק על זה גם להרב ז"ל בב"י יש להקשות קושיא זו בעלמה כמ"ש החכם כר"ן • שלא שראיתיו הפריז על המדה שכת' שהרמב"ן ז"ל גם כן בעל סברא זו ואני לא ראיתי בשום מקום שסובר הרמב"ן ז"ל כן

ולסבר שטעם הרמב"ן ז"ל שאינו נאמן בטענת פטרתי בלא מגו משום דאין ספק מוליא מידי ודאי כדברי ב"ה וכמו שיתבאר בס"ד • ועוד נפלאתי ממהרש"ח ז"ל לפי דעתו דהר"ן ז"ל חולק על הרא"ש ז"ל מה יעשה מהכרח הר"ן ז"ל שהכריח מעובדא דאבימי כדבריו וכמ"ש החכם כר"ן אלא שאף בזה ראיתיו מפריז על המדה שכתב שזה ההכרח של הר"ן ז"ל כתבו הרשב"א ז"ל ולא ידעתי לו מקום דאע"פ שכתב הרב ז"ל בב"י סימן כ"ח על דברי הר"ן ז"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה כו' אעיקר דינא קאמר ולא על הראיה ועם שהרב ז"ל בב"י כתב שהרשב"א ז"ל הביא ראיה לדבריו מהתופס לב"ח ומהברייתא דכנכסי מלוג זו כו' ולא הזכיר הראיה מאבימי (הגה"ה אחר זמן רב שכתבתי זה נדפסו ח"ב מתשובו' הרשב"א ז"ל וראיתי בסי' ל"ז הביא ראיה לדין זה ממעשה דאבימי כדברי הר"ן ולדקו דברי החכם כר"ן ולפי זה מה שלא כתב הרב ז"ל בב"י ז"ל שהרשב"א

ז"ל ג"כ הביא ראיה זו מכח שלא בא לומר אלא הראיות המחודשות שהביא הרשב"א ז"ל וזה פשוט ע"כ ההגה"ה)

ולמהר"ח ז"ל ראיתי שנרגש קצת מזה וכתב על דברי הרא"ש ז"ל ויכרע במאי דקאמר הגמ' דאם לא נתנם לו בפני עדים נאמן לומר פרעתי ניהו היינו שנאמן לומר בעבור מלוה על כה שהיה לי עליך נתתי אותם המעות במגו דלהד"ם ע"כ

ותמה אני דנהי דיכולין אנו לומר כן בעובדא דפרק שבועת הדיינין שפרע הלוה למלוה מידו לידו ויכול המלוה לומר מחמת חוב פ' נתנם לי במגו דלהד"ם אבל בעובדא דאבימי דפרק הכותב שפרע המעות ע"י שליח מה יענו שפתי הרא"ש במה שהאמין ר"א לבי חוזאי שעדין היה אבימי יכול לטעון שמחמת חוב שבשטר שלחם והם לא היו יכולין להכחישו שלא היו שם בשעת מתן מעות אבימי לאמה שלוחו ואם טענתם היה שאמה נתן להם בשביל חוב שבע"פ אין במעשה אמה כלום שאינה יודעת המשלח וליכא למימר דהם היו טוענים דאמו אבימי פירש שבשביל חוב שבע"פ שלחם ומהימני כל זמן שלא יברר אבימי שמחמת חוב שבשטר שלחם כדעת הרמ"ה ז"ל שלא כתב כן הרמ"ה ז"ל אלא להחזיק אבל להוציא לא כמ"ש ואע"ג דבשטר לא הוי להוציא כיון דלא מהימני אלא במגו ה"ל מגו להוציא ומגו להוציא לא אמרינן כמו שהוא דעת הרא"ש ז"ל בכת"ה וזו דאפי' בשים שטר הוי להוציא דאין בעל השטר נקרא מוחזק כמ"ש במקום אחר (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות מ"ה כתבתי כן ע"כ ההג"ה) ושמא בי חוזאי היו טוענים שאבימי לא פי' לאמה באיזה חוב שלחם ואמה נמי לא פירש שבשביל חוב שבע"פ שלחם וע"ד כן לקחו המעות שהשליחות קיים אכלם ובטל אבל אבימי דומיא דמאי דכתבתי למעלה בשם הרשב"א ז"ל דכל שהתנו בפי' דברים מפורשים המקח קיים אכלם ובטל אבל השליח מפני שטעות

ובניתי אני אל מ"ש החכם הלא נכשי כר"ו דהרא"ש ז"ל אינו חולק עם הר"ן ז"ל ויפה בעיני אך זה חולי מלאתי ראיתי בדבריו שרצה להשכים דעת הרא"ש ז"ל עם בעל התרומה שיכול המלוה לכוף ללוה ליטול בשביל חוב שהוא רוצה דעבד לוה לאיש מלוה וכתב דכיון דראו העדים הפרעון ולא ראו שום פקפוק בדבר משמתא נתנס לו משום חוב שבשטר שכיון שזה הפך רצונו ליתנס משום חוב שבע"פ לא היה נותנם בלא דינא ודיינא כו' ע"כ ואין דעתי כן שאיפשר שקודם שראו העדים הפרעון כפה המלוה ללוה ליתנס בשביל מלוה שבע"פ ולכן בשעת הפרעון לא ראו שום פקפוק בדבר כיון שקודם לכן חלה פני המלוה שיקבלם בשביל חוב שבשטר ולא שוה לו ונירא כי לא יכול לו להביאו בדינא ודיינא דמה בצע להביאו בדינא ודיינא כיון דהרשות ביד המלוה לכופו ומה יועיל כי יכנע בו

ועיקרן של דברים אשר אני אחזה לי שהרא"ש ז"ל מודה לדין בה"ת ומ"מ כתב שיותר ברצון אדם פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ משום דהך עובדא דאבימי היה ע"י שליח וליכא למימר דמסתמא נתנס להם בשביל מלוה בשטר והם הודו כן בפירוש ואם לא היו מודים בזה לא היה אמה שלוחו של אבימי נותן להם כלום והם לא היו יכולים לכופו ליטלם בשביל מלוה ע"פ כיון שאמה לא בשה ולא בשו אותו ועובדא דפרק שבועת הדיינין איפשר נ"כ דהפרעון היתה ע"י שליח אלא שלא פירשו התלמוד שלא היה צורך בו אבל כאן פירש התלמוד דע"י שליח היה להשמיענו דין בענין שלוחי שליח ואפי' תימא דהתם לא היתה הפרעון ע"י שליח כמו שנראה פשטן של דברים י"ל שאף הרב בעל התרומות ז"ל שכתב שיכול המלוה לכוף ללוה היינו דוקא בשיש ללוה נכסים ידועים כגון קרקעות והלוה רוצה לפרעו בשביל מלוה שבשטר והמלוה רוצה לקבלם בשביל מלוה שבע"פ אז הדין עם המלוה לכופו בכך כיון דעבד לוה לאיש מלוה אבל כשאין ללוה נכסים ידועים היאך יכול לכופו בכך כיון שאינו יודע מעיקרא אם יש לו נכסים דמצי לאגבוהינהו ולזה כתב הרא"ש ז"ל דיותר ברצון אדם פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ כלומ' לא גילה לו הלוה שיש לו מעות אם לא בתנאי שיקבל' המלוה בחוב שבשטר בפי'

ואע"פ שהשכמנו דעת הרא"ש ז"ל עם דעת בע"ה"ת ז"ל והר"ן ז"ל מ"מ בעיקר טעמא דאינו נאמן לומר פרעתי ניהו בלא מגו אינם שוין זה עם זה שהרא"ש ז"ל סובר דהטעם הוא דיותר ברצון אדם פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ והר"ן ז"ל סובר דהטעם הוא משום שהוא בא להוציא כמ"ש בפרק שבועת הדיינין ובע"ה"ת סובר דהטעם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי כמו שיתבאר בס"ד ומדברי ס"ה"ת בשער ן' שהעתיק הטור ז"ל בסימן פ"ג נראה בבירור דאם הודה המלוה שקבל' בשביל חוב שבשטר לכ"ע אינו יכול לומר משום חוב פ' אני נוטלם והחכם כר"ו כתב אבל לכ"ע משמע שאם הודה כן בפירוש דמשום חוב שבשטר הוא נוטלם שוב אינו יכול לומר מפני חוב שבע"פ אני נוטלם וזה ברור ע"כ ומשמע מדבריו דמכח הסברא יש לנו לומר כן ובפירו' אתמר כדברי בע"ה"ת כמ"ש עוד כתב החכם שהובינו כר"ו דאע"ג דבעל התרומות פליג על הרא"ש ז"ל הרא"ש ז"ל לא פליג על בע"ה"ת במ"ש דעבד לוה לאיש מלוה ע"כ ולא ידענא מאי קשיא ליה שהוצרך לכך

ויש לי מקום עיון בדברי הרב בעל הטורים ז"ל סימן פ"ג שכתב שמדברי בע"ה"ת נראה שאפי' שטוען פרעתי ניהו מחוב שבשטר והחזרתי לך את השטר אינו נאמן דאין ספק מוציא מידי ודאי וגלתי היכא דאיכא מיגו וכן נראה מדברי בע"ה"ת בשער ס"ו שהעתיק הרב ז"ל בב"י סימן כ"ח ובפירוש כתב הרב בעל הטורים ז"ל בשמו בסי' ל' שאינו נאמן ואלו לדברי הרא"ש ז"ל דטענת פרעתי ניהו בלא מיגו אינו נאמן הטעם הוא משום דיותר ברצון אדם פורע מלוה שבשטר ממלוה ע"פ נראה שאם טען שקבלם בשביל חוב אחר שבשטר והחזיר לו את השטר דהוי טענת' מעליא דליכא למימר יותר ברצון כו' דכ' לפי דברי המלוה בשטר הם ויש לתמוה על הרב בעל הטורים ז"ל שהשוה דברי בע"ה"ת הפך דברי הרא"ש ז"ל

גם יש לתמוה שכל הסברות הנאו ב"י ז"ל לא נזכר שום חולק על סברא זו כאלו היא מוסכמת מכולם ואינו כן וכן תמהני על הרא"ש ז"ל לפי דבריו למה לא יהא נאמן לומר פרעתי ניהו ממלוה אחרת ע"פ שהיה לי עליך אע"פ שנתנס לו בפני עדים במגו דאי בעי אמר מלוה בשטר היה לי עליך והחזרתי לך את השטר והסבר לומר משום דהוי מגו במקום חזקה דחזקה על הלוה שרוצה לפרוע חוב שבשטר מחוב שבעל פה ומגו במקום חזקה בעיא דלא איפשיטא בפ"ק דבתרא וכתבו הרי"ף והרא"ש ז"ל וקי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע

וראיתי למהר"ח ז"ל שרצ' לומר שהרא"ש ז"ל אינו חולק עם בעל התרומות ז"ל בזה וטעמא דבשטר משמא אחרינא הוא דכיון דשטר אית ליה קלא אם איתא דהיה לו שטר אחר הוה ידיע כו' ע"כ ואין דבריו מחוורים אלא ינהי דלא יהא נאמן לומר פרעתי ניהו מגו דאי בעי אמר החזרתי' לך בשט' דהוי טענה גרועה וסובר זה שטוב לומר פרעתי ניהו מלומר החזרתי את השטר שלא יאמרו אם איתא דשטר היה לך מידע הוה ידיע אבל אם בפירוש טען שהחזיר לו השטר למה לא יהא נאמן אע"ג דהויא טענה גרוע' דומיא דקאי דאמרינן בכת"ה גבי רבה בר שרשום לקוחה בידי לא

אכלית

מלית אמרת דהא כפיק קלא דארעא דיתמי הוא וכתבו בתו' אע"ג דאי בעי אמר לקוח' היא בידי מהימן מ"מ לא הוי מגו כו'ע"כ וכן כמי כתבו התוס' בפ"ק דמליעא גבי הא דאמר רבה מפני מה אמרה תור' מודה במקצ' הטענ' ישבע א"כ הכא כמי נימ' דאע"ג דמשום מגו לא מהימן אי טעין הכי בפי' נאמן ותו נהי שהרא"ש ז"ל לא יחלוק על בעל התרומות בזה מ"מ במי שנושא בחבירו שני חובות א' בשטר וא' ע"פ ואותה שבע"פ הלוה אותה בעדים ואמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופ' דלכ"ע אינו יכול לומר פרעתי בפני אחרים והלכו להם למ"ה ומתו ואפי' לדעת הרמב"ם שנאמן לומר פרעתיך בפני אות' שיחדת לי והלכו למ"ה או מתו ה"מ כשאותם העדים אינן כאן אבל אם ישנן כאן והכחישוהו אינו נאמן כמו שביאר דבריו ה"ה ז"ל בפ"ו מהלכות טוען כ"ל שיש חילוק בין הרא"ש ז"ל לבעל התרומות דלבע"הת דטעמ' דאינו נאמן לו' סטראי ניכהו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי דכעין זה הוי כשני חובות על שני שטרות שיכול לברר דבריו שיש לו שני חובות עליו והלוה אין לו מגו דפרעתי כיון דאמר לו אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' והם כאן וירא שמא יכחישוהו נאמן המלוה לומר מחמת חוב שבשטר נתתם לי אבל לדעת הרא"ש ז"ל דיותר ברצון פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ עדיין אין המלוה נאמן דכיון דזה הוי חוב שבשטר וזה חוב שבע"פ יות' ברצון פורע חוב שבשטר כדי שלא יטרוף לקוחות ויחזרו עליו מה שאין כן מלוה ע"פ ואיתרע שטרא אם לא שיש מגו למלוה דלהל"מ א"כ אם חוב שבשטר אין לו ערב וחוב שבע"פ יש לו ערב לדעת בע"הת נאמן המלוה מפני שיכול לברר דבריו ולדעת הרא"ש ז"ל אינו נאמן דיותר ברצון אדם פורע חוב שאין לו ערב מחוב שיש לו ערב

ושמא י"ל לדעת הרב ז"ל דס"ל לבעל התרומות ז"ל דלא מיקרי בירור אלא בשטר אבל בע"פ אפי' א"ל אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' כיון דאפשר דימותו או ילכו למ"ה בעת ובעונה הזאת לא מיקרי בירור וזה נראה מהסמ"ע ודוחק א"כ י"ל דלא אמר הרא"ש ז"ל יותר ברצון אדם פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ אלא מטעם דחוב שבשטר אינו יכול לטעון פרעתי וחוב שבע"פ יכול לטעון פרעתי אבל כל זמן שבין בחוב שבשטר בין בחוב שבע"פ לא מהימן לומר פרעתי לא שייך לומר יותר ברצון כו' דאפשר לומר דאדרבא הוא רוצה שיטרוף מהלקוחות כדי שלא יפשיר ב"ח ותגעול דלת בפני לווין ואיכא למימר נ"כ דיותר ברצון פורע חוב שיש לו ערב מחוב שאין לו ערב שאינו חפץ בנגיש' המלו' לערב כיון דהערב עשה עמו טובה שנתער' בשבילו או מטע' דמלוה שיש לו ערב בהיל לאשתכולי באפייהו דערב ומלוה כל זמן שלא פרע אותו החוב משא"כ במלוה שאין לו ערב דלא בהיל לאשתכולי אלא באפי המלוה לבד וגם זה דוחק • ומאוורתא דמילתא דהרא"ש ובעל התרומות ז"ל כולהו ס"ל דהיכא דיש מקום לומר דאין ספק מוציא מידי ודאי אמרינן אע"ג דאין מקום לומר יותר ברצון אדם פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ והיכא דיש מקום לומר יות' ברצון אמרינן אע"ג דאין מקום לומר אין ספק מוציא מידי ודאי ואלו ב' הטעמי' שניהם כא' טובים והרא"ש ז"ל שכתב הטעם משום דיותר ברצון כו' לרבותא נקט הכי ל"מ היכא דאחד ספק וא' ודאי דאינו נאמן דאין ספק מוצי' מידי ודאי אלא אפי' דליכא טעמ' דאין ספק מוציא מידי ודאי כגון שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים אינו נאמן מטעם דיותר ברצון כו' אבל אם שניהם מלוה בשטר ומוציא שני השטרות כיון דליכא טעמא דיותר ברצון כו' וגם טעמא דאין ספק מוצי' מידי ודאי נאמן ובעל התרומות שנתן הטעם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי לפי נדון שלו כתב כן שנדון שלו היה כשהיה למלוה ב' שטרות והוכרך לחלק בין ההיא דסטראי ניכהו להוציא שני שטרות וחילק הטעם פשוט דבסטראי ניכהו אין ספק מוציא מידי ודאי אבל הכא תרוייהו הוי ודאי אבל א"כ דאם גם כן בשטראי ניכהו אע"ג דליכא טעמא משום דאין ספק מוציא מידי ודאי אם יש טעם לומר יותר ברצון כו' אינו נאמן ולא ביאר זה כיון דלפי נדון שלו אפי' בטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי נתיישב ההיא דהוציא שני שטרות ולפי זה לכ"ע אם היו לו שני חובות בע"פ ובכולם אמר ללוה אל תפרעני אלא בפני פלוני ופ' נאמן המלוה לומר בשביל חוב פ' נתתם לי אפי' נתתם לו בפני עדים כיון דליכא טענה דאין ספק מוציא מידי ודאי וג"כ ליכא טעמא דיותר ברצון אדם פורע חוב בשטר כו' זה נלע"ד

ואל זה אביט מ"ש החכם כר"ו ז"ל וכתב בעל התרומות כו' עכ"ל אות באות תיבה בתיבה כו' והני בעניי כ"ל שזהו כונת בעל התרומות ז"ל ועם שתחילת דבריו בעיני אינם צריכים ביאור מ"מ אכאורם מפני שראיתי מי שמפקפק בהם כו' ע"כ דברי החכם כר"ו ואני אומר אני הוא המפקפק ובמקומי אני עומד וזה לי שנתים ימים שראיתי דברי בע"הת שהעתיק הרב ז"ל בכ"י לא פחות ולא יותר וכתבתי עליהם לא ידעתי איך דברי הר"י הלוי ז"ל סותרין דין זה דאם הר"י הלוי אמר דאע"ג דראו העדים נתינת המעות נאמן לומר סטראי ניכהו היינו משום דאיכא מגו דאי בעי אמר במתנה נתנם לי כיון שלא ראו העדים שבתורת פרעון נתנם לו אבל בנדון הרב בעל התרומו' דאיכא עידי פרעון וליכא מגו דבמתנ' נתנם לי מודה הר"י הלוי דאינו נאמן לומר סטראי ניכהו לא מחמת מלוה ע"פ ולא מחמת מלוה בשטר כיון דליכ' מגו דאי כמ"ש בע"הת לדעת הר"י הלוי ז"ל הא דאמרינן בפרק שבועת הדיינין וה"מ דפרעי' באפי סהדי במאי אוקימתא דהא אפי' שהעידים מעידים שבתורת פרעון נתנם לו לא איתרע שטרא שיכול לומר מחמת פרעון חוב אחר נתנם לי אלא ודאי בהכרח כ"ל דלדעת הר"י הלוי אם הזכירו העדים פרעון אינו נאמן לו' סטראי ניכהו כמ"ש כן כל הפוסקים ז"ל בשמו של הר"י הלוי ז"ל זה כתבתי על דברי הבעל התרומו' לימים אלפו עברו שהעתי' הרב ז"ל בכ"י

הן עתה ראיתי דברי בע"הת שהעתיקם מהרש"ח והחכם כר"ו הגלתי והוספתי לי תימא למה הקשה על הר"י הלוי ז"ל מלשון שאמרו לא אידכר ליה שטרא ולא הקשה לו שלפי דבריו דברי הגמר' אין להם מובן כלל שא"כ אפי' כי פרעיה באפי סהדי יכול לומר החזרתי את השטר כמ"ש כדברים האלה אשוב אתפלא על מהרש"ח ז"ל שהקשה על בע"הת ז"ל דאיך אפשר לכייר זה בדברי הר"י הלוי ז"ל שהוא עצמו כתב דברי ר"י הלוי ז"ל באופן אחר למה לא הקשה שלפי דבריו איך יתיישבו דברי הגמ' גם נוראות נפלאתי שבשער י"ט פסק כדברי ר"י הלוי ז"ל במתנה ובשער ס"ו דחה דבריו כמו שהקשה מהרש"ח ז"ל וראיתי להחכם כר"ו העתיק הרחיב בדברי בע"הת ולא ישרו דבריו בעיני חדא שהוא כתב בכונת בע"הת להקשות על הר"י הלוי ז"ל דמדבריו משמע דאין הטעם דאינו נאמן בסטראי ניכהו משום דאין ספק מוציא מידי ודאי אלא מטעם דיותר ברצון אדם פורע חוב שבשטר כו' כדברי הרמב"ן והרא"ש ז"ל דאי הטעם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי למה נאמן לומר במתנ' יהבינהו דהא המתנה הוי ספק והפרעון הוי ודאי אלא ודאי אין הטעם אלא כדברי הרא"ש ז"ל דיותר ברצון כו' ובמתנ' דליכא האי טעמא מהימן וה"ה בהחזרתי לך האי טעמא מהימן ע"כ דבריו ואף שדברי טעם הם וכן מוכיחין דברי הבע"הת עוד ידי כטויה למאן בזה שלפי זה צריך לומר דיותר ברצון

אדם

אדם נותן מתנה מה שפורע חובו דעכ"ג דיותר פורע חוב שבשטר מחוב שבע"פ והוא פלאי ועוד מי הגיד לו לרב בעל התרומות ז"ל דטעם הר"י הלוי ז"ל משום דיותר ברצון כו' עד שיאמר שדברי הר"י הלוי ז"ל מותרים לסברתו ולפי ע"ד נראה שטעם אחר יש לרבינו יוסף הלוי ז"ל בזה שהרי הוא ז"ל הביא ראיה דבמתנה נאמן מההיא דפרק שבועת העדות

ולכאורה יש לדקדק דהא התם נאמן לומר בפרעון חובי קבלתים בלא שום מגו כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות טוען והרב ז"ל בשטת רביה הר"י הלוי ז"ל אמרה וניה קאי והכא אינו נאמן לומר בפרעון חובי קבלתים בלי שום מגו ואם יש חילוק מהתם להכא איך מביא ר"י הלוי ראיה מהתם אלא ודאי צריך לומר דלגבי פרעון יש לחלק בין הכא להתם אבל לא במתנה דבשלמא התם שחולקים בעיקר הנתינה לשם מה נתנם זה אומר לשם מתנה וזה אומר לפרעון חובו והעדי' אינם יודעים לשם מה נתנם המע"ה אבל הכא דאינם חולקים בעיקר הנתינה דכולהו מודו דלשם פרעון נתנם ובפרט דאם יש עדים מעידים דלשם פרעון נתנם כיון דאיכ' רעותא לשטרא קבלת עלין להביא ראיה שלא היה מחוב זה כיון שיש כל רעותא בפרעון אבל היכא שטוען במתנה נתנם לי בין הכא ובין התם מהימן כיון דליכא שום רעות' בפרעון וכ"כ מהרש"ח ז"ל

וכי עתה הרחיב ה' לנו וזכינו לדין שיש חילוק בין היכא דטוען פטראי למתנ' דכשטוען מתנה חולקי' בעיקר הנתינה והמע"ה וכשטוען פטראי ניגהו אינם חולקי' בעיק' הנתינה ואיכא רעותא בפרעון ועליו להביא ראיה אמור מעתה שדמיון בע"ה ז"ל שחייב מדברי הר"י הלוי ז"ל דאם טוען החזרתי את השטר נאמן מדכתב דאם טוען במתנה נתנם לי מהימן אינו עולה יפה דאיכא למימר שאני התם שחולקים בעיקר הנתינה אבל בהחזרתי את השטר דאינם חולקים בעיקר הנתינה ואיכא רעותא בפרעון אינו נאמן דומיא דפטראי ניגהו דמ"ש מלוה ע"פ ממלוה בשטר

וראיתי עוד לחכם נר"ו במ"ש הבע"ה על דברי ר"י הלוי ז"ל וזה ודאי א"א דהא אמרינן וה"מ דכרעי' באפי סהדי בתורת פרעון לא מצי למימר פטראי ניגהו והרב פירש בו שני דרכים ולא אחד מהם שדעתי נוחה המינו דמה שפירש שהקשה על הר"י הלוי ז"ל בהנחה דפטראי ניגהו כולל בין מלוה ע"פ בין מלוה בשטר לא ידעתי מי הגיד דבר זה לבעל התרומות כדי שיקשה על הר"י הלוי ז"ל בסברא זו ומדברי כל הפוסקים נר' כדברי הר"י הלוי גם מה שפירש בדרך השני דמקשה על הר"י הלוי ז"ל דמגמ' משמע דלא מצי טעין החזרתי את השטר דאי מצי טעין החזרתי אפי' היכא דאיכא עדים יהא נאמן לומר פטראי ניגהו במגו דהחזרתי לא דבר נכונה דאטו בע"הת נלעג לשון אין בינה שלא היה יודע לומר וזה ודאי א"א דהא מסקינן דאי פרעיה באפי סהדי לא מהימן ואי כדברי ר"י הלוי ז"ל מה בכך כו' והנכון בזה שהרב בע"הת הקשה על הר"י הלוי ז"ל מהלשון שאמרו וה"מ דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא דמשמע דאע"ג דלא אידכר ליה שטרא שבשביל שט"א זה פרעו תו לא מהימן לומר פטראי ניגהו וכן פירש מהרש"ח ז"ל דברי בע"הת ז"ל

הגם הלום ראיתי מ"ש החכם נר"ו דהא דלא מהימנינן לדעת ר"י הלוי ז"ל לומר פטראי ניגהו מגו דהחזרתי את השטר היינו משום דהכא בגמ' מיירי דמיד שנתן לו המעות אמר לו תן לי את השטר ואמר לו מלוה ע"פ יש לי עליך ומ"ה אמרינן דאינו נאמן לומר החזרתי שלא ראו העדים שנתן לו השטר ע"כ ודבר תמוה הוא דלשון הגמ' דקאמ' אית לך סהדי דפרעתיכהו משמע שהיה שואל רבי אבהו אם היו עדים בשעת הפרעון או לא דכוה הדבר תלוי ואם היו עדים בשעת הפרעון אינו נאמן אע"ג דאחר מכאן שאלו את השטר ודאי לאו הכי הו"ל לומר אית לך סהדי דפרעתינהו ולא חזר לך את השטר ותו גבי דיכולין אנו לומר בהך עובדא דאביי דפרק הכותב דמיד שנתן לו המעות תבע לו את השטר ואמר פטראי ניגהו ת"מ בעובדא דפרק שבועת הדיינין לא משמע הכי אדרבא משמע דאחר זמן שפרע לו אמר פטראי ניגהו כמו שיראה הרואה שם ומ"ש ליישב דברי בע"הת דקשיא דידי' אדידיה כמה דחוקים דברין בתכלית ההפלגה וכמ"ש ז"ל הוא בעצמו

ומה שראוי שתדעהו מתוך דברי בע"הת שהעתיק הר' ז"ל בכ"י אני מבין שבע"הת מכח להר"י הלוי ז"ל בפירוש דנאמן לומר החזרתי את השטר ועוד אני אומר שבע"הת סובר דאע"ג דאי טעין במתנה נתנם לי מהימן מ"מ אי טעין פטראי ניגהו אינו נאמן במגו דמתנ' דטענת מתנה טענת גרועה היא דיותר נרצון אדם פורע חובו ממה שיתן שלו במתנה ואחר שהקדמנו הקדמות אלו שתים הנה הסכת ושמע פי' דברי הרב בעל התרומות הלא כה דברי דעת הר"י הלוי והבע"הת ז"ל דכדי שלא יהיה המלוה נאמן צריך שיהיה שם שני התנאים שיודו המלוה והלוה בעיקר הנתינה ושיהיה הא' ספק והאחד ודאי

ולפיכך ס"ל לבע"הת ז"ל דאי טעין פטראי ניגהו בין ממלוה ע"פ בין ממלוה בשטר והחזרתי לך את השטר אינו נאמן כיון דאיכא תרתי לריעותא שאינם חולקים בעיקר הנתינה וגם דאין ספק מוציא מידי ודאי אבל אם היו לו שני שטרות ואומר המלוה שמחמת חוב זה שבשטר לקחן מהימן כיון דליכא נעמא דאין ספק מוציא מידי ודאי אע"ג דאין חולקים בעיקר הנתינה וכן נמי אי טעין במתנה נתנם לי מהימן כיון דחולקין בעיקר הנתינ' אע"ג דזה ספק וזה ודאי והר"י הלוי ז"ל מודה לבעל התרומות דתרתי בעינן כדי שלא יהיה נאמן המלוה אין ספק מוציא מידי ודאי ושיהיו שניהם מודים בעיקר הנתינה והיינו טעמא דלא מהימן לומר פטראי ניגהו אבל מ"מ בהחזרתי לך את השטר מהימן דסובר הר"י הלוי ז"ל דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי אלא היכא שאותו החוב שטוען המלוה שפרע הוא אף ע"פ שהיא אמת אינה יכולה להתברר כגון מלוה ע"פ דמצי למימר פרעתי אבל היכא דאותו החוב דמודה המלוה דנפרע ממנה אם אמת היה הדבר יכולה להתברר כגון שהיא מלוה בשטר שאינו יכול לטעון פרעתי לא מקרי ספק מוציא מידי ודאי והמלוה נאמן אע"פ שאינם חולקים בעיקר הנתינ' ובזה דברי בעל התרומות באו על מכונם בשער י"ט פסק דאם טען נתנם לי במתנה נאמן דאע"ג דאין ספק מוציא מידי ודאי כיון דהם חולקים בעיקר הנתינה המע"ה ובשער ס"ו כתב ואם טען החזרתי את השטר בזה נראה דאינו נאמן דזה נ"כ מקרי ספק מוציא מידי ודאי אע"פ שדברי הר"י הלוי סותרים לזאת הסברא שהרי כתב ואע"ג דאיכא סהדי מצי למימר לשם מתנה יהבינהו הכי נמי כשמעידין בתורת פרעון כו' כלומר שהר"י הלוי ז"ל עצמו כתב ואע"ג דאיכא סהדי מצי למימר לשם מתנה הכי נמי כשמעידין בתורת פרעון והקשה עליו מלישנא דלא אידכר ליה שטרא ולא הק' עלין דלפי דבריו היכי אמרינן בגמ' דאי איכא עדי פרעון לא מצי למימר פטראי ניגהו מפני שיכול לומר ר"י הלוי ז"ל דאע"ג דאי טעין החזרתי נאמן בטענ' פטראי במיגו דהחזרתי אינו נאמן דומיא דלקוחה היא בידי דכתבו התוס' ז"ל דאי טעין הכי מהימן אבל במגו דלקוחה לא מהימן וכבר נשאנו ונתננו בזה בע"פ עם החכם נר"ו ואח"כ הרב בעל התרומות ואף הרב בעל העיטור כו' לומר דאע"ם דסובר כהר"י הלוי

ז״ל דאי טעין במתנה נתנם לי מהימן מ״מ חולק עליו במה שסוב׳ דאי טעין סטראי ניניהו נאמן במגו דמתנ׳ דכיון דטענ׳ מתנה טענה גרועה היא לא מהימן במיגו דמתנה דומי׳ דמאי דכתבנו לדעת ר״י הלוי דהחזרתי לך את השטר ומ״ש בעל התרומות בשער ט״ו דלפי דברי הר״י הלוי ז״ל צריך שיעידו על פרעון חוב זה ובשער ד׳ כתב איפכא צריך אני לתכום תירוץ החכם נר״ו אע״פ שהוא רוחק ומ״מ אני חוכך במ״ש בישוב דברי בעה״ת שהלשון שהעתיק החכם נר״ו. משבעה״ת נראה דר״י הלוי לא גילה דעתו בהחזרתי את השטר שהוא נאמן ושוב ראיתי בספר התרומות בשער ד׳ ונראה מדבריו דסובר במתנה לגמרי כר״י הלוי ז״ל דאי טעין סטראי ניניהו במגו דמתנה נאמן ובל״ע זה ראיתי וכתון אל לבי ליש׳ וליתן ולהשתעשע בדבריו הנחמדים מזהב ומפז

אני טרם אכלה לדבר הנה שפתי לא אכלה יביעו ידברו מה שהוקשה לי בדברי הרא״ש ז״ל בפרק שבועת הדיינין שכתב על דברי הרמב״ן ז״ל שהקשה על הר״י הלוי דגריעא טענת מתנה מטענת סטראי ניניהו כו׳ וז״ל ונראין דבריו דמתנה לא שביחא וגריעא מתנה מטענת סטראי ניניהו ע״כ • ויש לדקדק על דבריו נהי דגריעא טענת מתנה מטענת סטראי ניניהו מ״מ יהא נאמן לומר סטראי ניניהו במיגו דאי בעי אמ׳ בפקדון נתנם לי והחזרתי׳ וקי״ל דהמפקיד את חבירו בעדים אין צריך להחזיר לו בעדים כדמשקינן בפרק ח״ה כ״ש שלא ידעו העדים דגשם פקדון נתנם לי

איברא דמצינן לרחויי דקושיית הרמב״ן ז״ל על הר״י הלוי ז״ל היא בין בטענת מתנה בין בטענ׳ פקדון דכשם דבמתנה יש טעם לומר דיותר ברצון פורע אדם חובותיו ממה שיתן את שלו במתנ׳ הכי נמי יש לומר בפקדון דלא עביד איניש דמחזיר המעות המופקדין אצלו מאחר שהמפקיד חייב לו ומיהו אין דברי הרא״ש ז״ל מוכיחין כן דמי לא אפשר שהמפקיד אמר שפקדון זה אינו שלו ולכן החזירו או שהלה פניו שיחזי׳ לו פקדון זה שהוא צרי׳ לו עתה ואח״כ יפרע לו וכן עשה הנפקד בהאמנתו אותו • ועוד יש לדקדק דכי היכי דהר״י הלוי ז״ל סיים דבריו מלי למימר סטראי ניניהו במגו דמתנה ה״נ היה לו לומר ג״כ במגו דפקדון

והיה אפשר לומר דס״ל להר״י ז״ל דבשלמא במגו דמתנה נאמן משום דהטענות שוות בשניהם בין בזו ובין בזו אין צריך שבועה ויטול בלא שבועה אם יש נאמנות בשטר אבל בפקדון אם טוען החזרתי צריך שבועה וסטראי ניניהו אין צריך שבועה דבטוען החזרתי צריך שבועה ב״כ הרמב״ם ז״ל בפ״ו מהלכות טוען וכיון דבהחזרתי צריך שבועה ובטוען סטראי ניניהו אין צריך שבועה אין הטענות שוות ולא מהימן ואע״ג דבטוען סטראי ניניהו נמי בתר הכי משתבע הסת אי קא טעין לוה דממונא שקיל מיניה שלא כדין ס״ל להר״י הלוי ז״ל דכיון דאי לא טעין לוה הכי לא משתבע לא מיקרי טענות שוות דלא מיקרי טענות אלא היכא דבין בטענה שאומר עכשיו בין בטענה שהיה לו לומר היה צריך שבועה בלי שיטעון הלוה כלום אבל כיון דאם אומר החזרתי צריך שבועה לגבות ואם אומר סטראי ניניהו גובה בלי שבועה אע״פ שלבתר הכי אם יטעון הלוה אשתבע לי דלא שקלית מינאי ממונא שלא כדין צריך לישבע אינו כלום כיון דאינו חייב שבועה בטענה שהוא עצמו אומ׳ויש להכריח זה ממ״ש בעה״ת ז״ל הביאה הרב ז״ל בב״י סימן נ״ח וז״ל וכתב בעל התרומות בשער י״ט דלדעת הר״י הלוי ז״ל כי פרעו בעדים וטען במתנה יהבית ניהלי׳ או סטראי ניניהו מהימן בלא שבועה אם יש נאמנות בשטר ע״כ

והנראה שכתב הרב ז״ל כדי שלא יקשה על הר״י הלוי ז״ל היאך נאמן לומר סטראי ניניהו במגו דבמתנה והלא אין הטענות שוות דניחא למימר סטראי ניניהו שגובה בלא שבועה מלומר במתנה נתנם לי שצריך לישבע וליטול ולזה כתב הרב ז״ל שצריך לומר לדעת הר״י הלוי ז״ל דאף במתנה אין צריך שבועה והוו הטענות שוות ואם מה שצריך לישבע אח״כ אם יטעון הלוה דשקיל מיניה הלוה שלא כדין מהני לשום טענ׳ סטראי ניניהו וטענ׳ במתנה נתנם לי שוות מי הכריחו לומר דלדעת הר״י הלוי ז״ל אף במתנה נוטל בלא שבועה אף שיהיה הדין דבמתנה צריך שבועה הוו טענות שוות ואיכא למימר מגו דאי בעי אמר במתנה נתנם לי אלא ודאי דמה שצריך לישב׳ אחר כך בטענת הלוה לא משוי לטענת סטראי ניניהו וטענת במתנה נתנם לי אם היה הדין שצריך שבועה במתנה נתנם לי טענות שוות ולזה הוצרך לומר דלדעת הר״י הלוי ז״ל אף במתנה נוטל בלא שבועה והוו הטענות שוות אלא שלבי נוקפי לומר דס״ל להר״י הלוי ז״ל דבטענת מתנה נוטל בלא שבועה ובטענת פקדון אף באומר החזרתי צריך שבועה וזה דוחק גדול

ועוד היה אפשר לומר דסובר הר״י הלוי ז״ל דלא מהימני׳ ליה לומר בפקדון נתנם לי והחזרתי משום דאין הטענות שוות דאם טוען פקדון היה והחזרתי היה צריך שבועת התורה כדעת רמ״י ז״ל בפרק הגוזל עצים הביאו הרב בעל הטורים ז״ל בח״מ סי׳ פ״ז ועכשיו שטוען סטראי ניניהו אינו נשבע אלא הסת ואין אומרים מגו משבועה לשבועה אלא דוקא משבועה דרבנן לשבועה דרבנן או משבועה דאורייתא לשבועה דאורייתא אבל לא משבועה דאורייתא לשבו׳ דרבנן כמו שנראה מדברי ר״ת ז״ל שכתבו התוס׳ בפ׳ חזקת הבתים גבי נסכא דר׳ אבא וכמ״ש מהריב״ל ז״ל בס״א בכללי המגו ואף הרב בעל הטורים ז״ל בחלק ח״מ סי׳ רכ״ו נראה שכך הוא דעתו דאין אומרים מגו משבועה דאורייתא לשבועה דרבנן שכתב שם הפקיד אצלו בשטר נאמן לומר החזרתי במגו שהיה יכול לומר נאנסו כו׳ אבל צריך לישבע שבועה דאורייתא בנקיטת חפץ כאלו היה נשבע אלו היה טוען נאנסו ע״כ וכ״כ הרי״ף ז״ל בסוף פרק המפקיד והרמב״ם ז״ל בפ״ג מה״ש ואם אומרים מגו משבועה דאורייתא לשבועה דרבנן למה הצריכוהו לישבע שבועת התורה בטענ׳ החזרתי אלא ודאי שאין אומרים מגו משבועה דאורייתא לשבו׳ דרבנן אלא שיש הפרש בין ר״ת ז״ל להרי״ף והרמב״ם ז״ל שלהרי״ף והרמב״ם והרב בעל הטורים ז״ל דלא אמרי׳ מגו משבועה לשבועה היינו שאין אנו אומרים שישבע הסת בטענה זו ויפטר במגו שאם היה טוען הטענה האחרת היה נשבע שבועת התורה אבל מ״מ מהימנינן ליה בהאי טענתא בשיש׳ שבועת התורה אבל ר״ת ז״ל ס״ל דכיון דבטענה זו היה נשבע הסת ובטענת המגו היה נשבע שבועת התורה לא מהימנינן ליה בטענה זו אפי׳ בשבועת התורה דאל״ת בנסכא דרבי אבא להתניה לומר אין חטפי ודידי חטפי בשבועת התורה במגו דאי בעי אמר לא חטפתי והיה נשבע שבועת התורה להכחיש את העד אלא ודאי אינו נאמן אפי׳ בשבוע׳ התורה ולפי דברי ר״ת הא דאמרינן בפרק המוכר את הבית דנאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו כ״ל דנאנסו אינו נשבע שבועת התורה וכמ״ש התוס׳ שם ותמהני על הרב ז״ל בב״י סי׳ הנז׳ שכתב על דברי הרי״ף והרמב״ם והרב בעל הטורים ז״ל והדברים פשוטים הם ולא זכר שרבינו תם חולק על זה וכדכתבינן

ואל תקניפני מדברי הרמב״ם ז״ל בפי״ד מה״מ שכתב כדברי הר״י הלוי ז״ל דבכל עוד שאין שם עידי פרעון

פרעון יכול לומר בתורת פקדון ומתנה נתנם לי ואע"פי כן כתב שנאמן מתוך שיכול לומר מתנה הם ולמה לא אמר ג"כ מתוך שיכול לומר מתנה או פקדון גם שלדעת הרמב"ם ז"ל אין שייך לתרץ כמו שתירצתי לדברי הר"י הלוי ז"ל שהוא סובר הפך דעת רש"י ז"ל דבפקדון וטוען החזרתי נשבע שבועת היסת ונפטר כמ"ש בפ"ב מה"ש וכן כתב הרב בעל הטורים ז"ל בסי' פ"ו שאני סובר כדעת הרב ז"ל כד"מ בה' שכירות דלדעת הרמב"ם ז"ל כל שהוא מודה שנעשה שומר אלא שפוטר עצמו מצד אחר כגון שטוען החזרתי כו' חלה עליו שבועת השומרים וצריך לישבע כעין שבועה דאורייתא כו' ע"כ וכן מוכיחין דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה"ש ופקדון בההוא עובדא דהפקיד שומשמין כו' כמ"ש הרב ז"ל שם ומה שהקשה עליו בספר לחם משנה דזה א"א דבהדיא כתב הרמב"ם ז"ל או שאמר כן היה אבל החזרתי לך כו' הרי נשבע שבועת היסת ונפטר נוסחא משובשת היא זו ולא כן בנוסחא של הרב ז"ל ומה שהקשה עליו מהא דאמרינן בפרק הנשבעין כו' לא על הרב ז"ל לבד תלונותיו כי אם לרש"י ז"ל שסובר דבפקדון אם טוען החזרתי חייב שבועה מן התורה וכבר הקשו כן התוס' בר"פ כל הנשבעין וגם זה דוחק

ולרב בעל הטורים ז"ל בסי' נ"ח ראיתי שכתב ואם אמר הלוה והלא מעות אלו מדמי שור שלקחתי ממך כו' בטל השטר כו' אבל הר"י הלוי ז"ל פירש דוקא שיש לו עדים שפרע לו דמי השטר כו' והכי מסתברא ע"כ ואם הדברי' במשמען קשה האי הדבר דלמאי אצטריך עדים שפרע לו דמי השטר אפי' אם יש עדים שפרעו לפניהם ואינם יודעים אם מדמי השור או מחוב אחר אלא מפי הלוה אינו נאמן לומר שטראי נינהו ואיתרע שטרא והכי מוכח לישנא דגמ' דקאמר התם כיון דקאמר אתורי יהבית לי כו' דמשמ' דמפיו אנו חיים דאי מפי העדים אנו יודעים דמתורי שקיל הי"לל התם כיון דקאמרי אתורי יהיב ליה ואתורי שקיל ולכאורה היה נראה לומר שמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל דוקא שיש לו עדים שפרע לו דמי השור לאו דוקא אלא ה"פ דוקא שיש עדי' שפרע לו בתורת פרעון מדמי השור אבל אינם יודעים אם פרע לו בשביל השור או בשביל פרעון אחר וכן מצאתי לסמ"ע ואף גם זאת דברי תימא הן אלי דאם מעידים העדי' דבתורת פרעון נתן לו ומ"ה אינו נאמן מאי איריא שאמר לו והלא מעות אלו מדמי שור כו' אפילו שלא יטעון טענה זו אלא שיטעון פרעתיך לבד והביא עדים שנתן לו בתורת פרעון שוב אינו יכול לומר שטראי נינהו כיון דליכא מגו ולתלמודא לא קשיא ולא מידי דמעשה שהיה כך היה כמו שאבאר בס"ד אבל על הרב בעל הטורים ז"ל קשיא כיון דכבר גילה דעתו דבעידי פרעון אינו נאמן לומר פרעתי כ"ש כש' והלא מעות אלו מדמי שור כו' והביא עידי פרעון שאינו נאמן ולמה לו לשנות הדברים פעמים שלש ומיהו אין זו קושיא דחזר לשנות הדין כשטען הלוה והלא מעות אלו מדמי שור כו' להשמיענו דעת הרמב"ם ז"ל דאפי' שדעתו דכשטוען פרעתיך והוא אומ' שטראי נינהו כי ליכא עידי פרעון נאמן כשטוען והלא מעות אלו מדמי שור כו' אפי' כשאין ללוה עדים ישבע הלוה הסת ונפטר אבל הנכון אצלי דמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל דוקא שיש לו עדים שפרע לו דמי השור כו' האי לישנא דשפרע לו אינו לשון מדוייק אלא הכונה לומר שיש עדים שנגבה מדמי השור אע"פי שאין מעידים שבתורת פרעון נתנם לו וה"ל לבעל סברא זו דאע"ג דבטוען פרעתיך אע"פי שיש עדים שראו נתינת המעות ואינם יודעי' אם בתורת פרעון או בתור' מתנה נאמן לומר שטראי נינהו כשטוען והלא מעות אלו מדמי השור כו' אם יש עדים שראו נתינת המעות אינו נאמן לומר שטראי נינהו שכיון שראו עדים שדמי השור נתן לו ה"ל מגו במקום חזקה דחזקה שדמי השור שהיה חייב פרע לו והרמב"ם ז"ל ס"ל דאפי' אין עדים שראו בנתינת המעו' כיון שהוא מודה שדמי השור לקח ה"ל מגו במקום חזקה והוא מן התימא וכבר כתב כש"ת שלא ירד לסוף דעתו וראיתי לסמ"ע כתב דלהרא"ש דס"ל דאפי' הם מעידים סתם שנתן לו מעות איתרע שטרא דלא קרעינן ליה ולא מגבינן ליה בכה"ג דמודה דדמי השטר היה השטר בטל לגמרי ע"כ וליתא כמו שיראה המעיין בפסקי הרא"ש ז"ל בפרק שבועת הדיינין •

וא"ת אמאי לא מוקי תלמודא עובדא קמא בשלא היו שם עדים למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה ועובדא בתרייתא כשיש שם עדים למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה ולא קשיא דרב פפא ארב פפא וי"ל דמעשה שהיה כך היה דהיה שם עדים בעובדא קמא למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וכן נ"ל מוכרח מדברי הגמ' מדאמרינן מאי הוי עלה רב פפא אמר לא איתרע שטרא רב ששת אמר איתרע שטרא והלכתא איתרע שטרא וה"מ היכא דפרעיה באפי סהדי ע"כ ואי מה שנחלקו רב ששת ורב פפא היה כשאין שם עדים למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה היכי פסיק תלמודא כרב ששת במה שלא היה מעשה והיה לו לומ' איפכא והלכתא לא איתר' שטרא וה"מ דפרעיה ביני לבין דיליה כו' דהכי הוה עובדא אבל באפי סהדי איתרע שטרא מדלא קאמר הכי משמע דעובדא הכי הוה דפרעיה באפי סהדי ועל זה נחלקו רב פפא ורב ששת ופסיק תלמודא כרב ששת היכא דאיכא סהדי דפרעיה באפייהו כמעשה שהיה וכתב ה"ה ז"ל בפי"ד מה"מ ולשון הגמ' מסייע לדברי הראשונים ז"ל דאמר דפרעי' באפי' סהדי דאלמא בעידי פרעון קא מיירי ע"כ דאדייק מרישא לידוק מסיפא דקאמר. אבל פרעיה בין דידיה לדידיה מגו דיכיל לומר להד"ם יכיל למימר שטראי נינהו דלשון זה מסייע לדברי האחרונים ז"ל דלא מהימן במגו אלא היכא דליכא עדים כלל בשום צד דאי כדברי רבינו יוסף הלוי ז"ל עדיפא מינה הי"ל לומר אבל יהבי באפיה סהדי כו' ואיפשר דה"ק אבל פרעיה בין דידיה לדידיה כלומר שהיה הפרעון בינו ובין המלוה דלא היו יודעים דשם פרעון נתנם אלא הוא והמלוה אבל אה"נ דהנתינה היה בפני עדים

ויש כאן מקום חקירה בכ"ד הא דאמרינן הי איכא סהדי איתרע שטרא אם הוא דוקא כשאין נאמנות בשטר שהאמין הלוה למלוה כשני עדים כשרים אבל אם כתוב בשטר דהאמין הלוה למלוה כשני עדים כשרים לא איתרע שטרא או נימא דאפי' יש שם נאמנות איתרע שטרא ומצאתי למהרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' כ"א וקי"ב כתב שאם כתוב בשטר שהאמין הלוה למלוה כשני עדים כשרים אפי' פרעו בעדים נאמן לומר שטראי נינהו מגו דלהד"ם וכתב מהרב"ח ז"ל בביאורו סי' נ"ח שדברים כשוטים הם וכ"כ מהר"י אדרבי ז"ל בסי' רע"ר והסמ"ע (הגה"ה וכ"כ גדולי תרומה דף קי"ט ע"כ הגה"ה) ואם באנו לדון על זה הלכה למעשה נ"ל לפקפק על זה מטעם דהוי מגו דהעזה שנח לו לטעון שטראי נינהו שאין העדים מכירים בשקרו מלטעון להד"ם דהוי מכחיש לעדים והוי מגו דהעזה ומגו דהעזה לא אמרינן כמ"ש בפרק חזקת גבי עובדא דרבה בר שרשום ובפ"ב דכתובות ובגיטין פרק הניזקין ובריש מציעא גבי הא דאמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב"ח וכ"כ הר"ן ז"ל בפרק שבועת הדיינין ובפרק כל הנשבעין והרב הנמקי פרק חזקת הבתים גבי הנהו עיזי דאכלי חושלי בנהרדעא וכו' ומהר"י אדרבי ז"ל בסי' הנז' הרגש מזה וכתב דאמרינן מגו דמעיז לשאינו מעיז כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה סי' ק"ו ומה גם אם ירצה לישבע על טענתו כו' יע"ש אבל מצאתי למהר"א ששון ז"ל סי' ע"ד ורי"ב כתב דאע"ג דאיכא נאמנות בשטר בפני'

עדים כשרים ואיתרע שטרא (הגה"ה וב"כ הב"ח) ואיפשר לי להלין בעד מהרשד"ם ז"ל וסיעתו דס"ל ז"ל דלא אמרינן דמגו דהעזה לא אמרינן אלא דוקא כשבטענה שאומר ליכא העזה כלל ועיקר לגוס ארס ובטענת המגו איכא העזה אז מגו דהעזה לא אמרינן כגון עיזי דאכלי חושלי בנהרדעא ועובדא דרבה בר שרשום בפ' חזקת אבל הכא בכגון דידן כיון דבטענה שאומר פטראי ניהו איכא העזה ללוה כשאמן לומר להד"ם אע"ג דאיכא עדים ואפי' לומר פטראי ניהו במגו דלהד"ם דלא מיקרי מגו דהעזה כיון דבלאו הכי היתה העזה לבעל דבר מה לי העזה לא' מה לי העזה לשנים אבל מהר"א ששון ז"ל סובר דלא קפדינן אהעזה אלא בעדים וכל דליכא העזה לעדים אע"פ דאיכא העזה לבעל דבר לא מיקרי העזה וכל דאיכא העזה לעדים אע"ג דבטענה שטוען היה העזה לבעל דבר הויא העזה ומגו לא אמרי' וממהר"י אירכי ז"ל בסימן הנז' מוכח כדבריו דמיקרי מגו דהעזה אלא דהוא ז"ל כתב שם דמגו דהעזה אמרינן

ומצאתי לי ראיה נמורה לדברי הרשד"ם ז"ל וסיעתו מהא דכתבו התוס' בפ"ה גבי בשבא דר' אבא וא"ת ונימהניה בשבועה כמאי דקאמר דידי חטפי במגו דלא חטפתי ובעי שבועה ותירצו דודאי אם לא היה העד מחייבו שבועה נאמן במגו דאי בעי אמר לא חטפי שיכול להעיז פניו להכחיש את העד בלא שבועה אבל השתא דמחייבו שבועה לא מהימן בשבועה ע"י מגו שהיה יכול להעיז פניו לישבע בדבר שהעד מכחישו ע"כ ובפרק שבועת העדות כתבו מיהו לריכינן לטעמא דמחייב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם דבלא שבועה לא היה חושש להכחיש את העד ואיכא מגו אבל לישבע בדבר שהעד מכחישו זה ודאי קשה ע"כ מדבריהם אלו נראה ברור דס"ל דלא הוי מגו דהעזה היכא דבטענה שאומר איכא העזה לבעל דבר אע"ג דליכא העזה לעד אע"ג דנאמן במגו מחמת טענה שאם היה אומרה היה העזה דאי לא תימא הכי למה הוצרכו התוס' לומר דמשום דצריך לישבע אינו נאמן במגו דלא חטפי אפי' דאין צריך שבועה בטענת המגו לא יהא נאמן משום דהוי מגו דהעזה דבטענה שאומר אין חטפי ודידי חטפי ליכא העזה לעד אלא לבעל הדבר לבד ובטענת המגו איכא העזה אף לעד אלא ודאי כדאמרינן וכן הכריחו התוס' נמי בפרק ח"ה מהגמ' דאי לאו מחמת השבועה היה מהימן במגו דאי בעי אמר לא חטפי והיה יכול להכחיש את העד

וכבר אתה רואה מפורש דמ"ש התוס' בפרק הכותב גבי אבימי וז"ל מגו דיכלי למימר להד"מ אחר שנתקבה שבועת הימת איירי דקודם שנתקבה שבועת הימת שליח אינו נוגע בעדות כו' ולא הוי מגו דלא חציף לאכחושי את העד כיון דאינו נוגע בדבר כדמוכח גבי נסכא דרבי אבא בפרק חזקת הבתים כו' הכונה לומר דלא חציף לאכחושי את העד היכא שהעד מחייבו שבועה וזהו שאמרו כדמוכח בפ' ח"ה דא"ת"ה סותרים את עצמם דכאן כתבו דלא חציף לאכחושי לעד בלא שבועה ובפרק ח"ה ובפרק שבועת העדות כתבו דחציף לאכחושי לעד זולתי היכא דמחייבו שבועה אלא ודאי כדפרישנא

גם דברי הר"ן ז"ל בפרק כל הנשבעין שכתב תירלו בתוס' דלא אמרינן מגו לאכחושי את העדלא חציף איניש לאכחושי כך צריך לפרש דהא בשם התוס' קאמר הכי והתוס' דעתם כן כמ"ש גם מ"ש מהריב"ל ז"ל בשאילות סימן ע"ט בדברי הר"ן ז"ל ולא ביאר דבשבועה קאמר שמא סמך על המבין וכן יש לפרש דברי הריב"ש ז"ל בסימן של"ב וכ"כ בספר כריתות בכללי המגו סי' קנ"ד ובנימין זאב סימן ת"י וכן נראה מדברי הרבנים ז"ל מהר"ר דון תם ומהר"י דונדון ומהר"ש ן' מלך בס' ת"ה סי' קט"ה וקט"ו וקט"ז

ויש לתמוה על הרב מהר"א ששון ז"ל בסימן הנז' שכתב כלשון הזה ויש לי ראיה גמורה מדברי התוס' ז"ל בפרק הכותב ד"ה מגו דיכולים כו' דקאמרי בהדי' דאף שע"א המכחישו לא הוי מגו דלא חציף לאכחושי את העד כמבואר שם ע"כ ותימא דאדרבא מוכח מדברי התוס' להפך וכמ"ש ·

ואולי בנדון הרב ז"ל לא היה כתוב בשטר שיהא נאמן בלי שום שבועה קלה וחמורה וגלגול שבועה כו' אלא היה כתוב בשטר שהאמינו כשני עדים כשרים לבד ותו לא וכל עוד שאינו כתוב בשטר שיהא נאמן בלתי שום שבו' קלה וחמורה אע"פ שכתוב בשטר שהאמינו כשני עדי' כשרים יכול הוא לתובעו אחר כך ולומר כבר אתה יודע שלקחת ממני מעות שלא כדין ופרע ליה והדר מייתי לידי שבועת הסת כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפט"ו מה"מ והרב בעל התרומות בשער כ"ו העתיקו הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ע"א וכיון דסוף סוף משתבע סובר הרב ז"ל דהוי מגו דהעזה דלא חציף לאכחושי סהדי בדבר שצריך שבועה אח"כ · ות"מ כתכינו למרין אף לפי דעתו ז"ל דכל שכתוב בשטר שהאמינו עליו כשני עדים כשרים בלי שום שבועה קלה וחמור' שאינו צריך לישבע לא בתחלה ולא בסוף כמ"ש בעה"ת ז"ל בשער הנז' דמהימן לומר פטראי ניהו במגו דלהד"מ ולא הוי מגו דהעזה אם לא שנאמר דס"ל דכיון דאין הנאמנות מועיל אלא להחרים חרם סתם אפי' אם פירשו בפירוש בלי שום שבועה קלה כו' מקרי מגו דהעזה דאינו רוצה לטעון לא הין דברים מעולם דלא חשיב לאכחושי את העד בדבר שאין חרם סתם והעד יודע בו שאינו רוצה שיחזיקוהו מועל בחרמים ומיהו לדברי הרשד"ס ז"ל וסיעתו הדבר ברור דאין לחוש לזה דבפירוש כתבו דנאמן אף על גב דאל יחמיר חרם סתם

וראיתי במרדכי פח"ה גבי נסכא דר"א כתב וי"ל שהוא ירא לשקר בדבר שהעד מכחישו כדאשכחן גבי רבה בר שרשום ע"כ · ולכאורה נראה דלא אמרינן מגו לאכחושי את העד בלא שבועה שהרי דימהו לעובדא דרבה בר שרשום והתם בלא שבועה היתה כדכתבו שם התוס' ואולי ה"ק כדאשכחן ברבה בר שרשום דמשום דלא היתה הכחשה לבעל דבר אמרינן דלא מהימן במגו דלקוחה אף בלא שבו' דהוי מגו דהכחשה ה"נ הכא דאיכא הכחשה לבעל דבר לא חציף לאכחושי את העד בשבועה

שוב ראיתי להרמב"ן ז"ל בשטתו לבתרא לפי תי' ראשון מגו לאכחושי את העד אפי' בלא שבועה הוי מגו דהעזה והיא דעת הריטב"א ז"ל שהביא מהריב"ל ז"ל בס"ב סימן קי"ט שכתב אם בשים העזה לחד בעל דבר בטענה שאומר ובטענ' המגו איכא טענת לב' בעלי הדבר כ' הריטב"א דהוי מגו דהעזה כ"ש בשים העזה לבעל דבר ולעד ולפי זה דברי התוס' שבפ' הכותב ודברי הר"ן בפ' כל הנשבעין ודברי המרדכי פרק ח"ה ודברי מהריב"ל ס"ג סימן ע"ט מתפרשן כפשטן דאפי' בלא שבועה לא אמרינן מגו להכחיש את העד כדברי

ותמיהא לי על מה שנראה מדברי הרמב"ן ז"ל בשיטתו לבתרא דמגו לאכחושי את העד אפילו בלא שבועה הוי מגו דהעזה ולא אמרינן מגו שהרי הרב בעל הטורים ז"ל בחלק ח"מ סימן קמ"ו ס"ב כתב וז"ל כ' הרמב"ן ז"ל שאין מחאה בפחות משנים אבל בא' לא אפי' מוחה בפני המחזיק ואפי' שהודה במחאה דמתוך שיכול לומר לא מחית בי נאמן לומר לקוחה היא בידי ואע"פ שע"א מכחישו הכא טענת קרקע היא וע"א בטענת קרקע לאו כלום הוא ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל דלא שייך הכא להזכיר מגו דהיק

לו ליזהר בשטרו כיון דידע שזה מיחה ע״כ והדבר מבואר שמ״ש הרמב״ן וע״א בקרקע לאו כלום הוא רבה ליגלל מקו׳ א׳ שיש להקשות בדבריו דהיאך אמר דנאמן משום מגו והרי אם היה טוען לא מחית והיה מעיד העד שמיחה בפניו היה צריך להכחיש את העד ומגו לאכחושי את העד בשבו׳ לכ״ע לא אמרינן כדמוכח מסוגיא דכשבא דרכי אשא להגלל שזה כתב דע״א בקרקע לאו כלום הוא דאין נשבעין על הקרקעות והשתא אם דעת הרמב״ן דמגו לאכחושי את העד אפי׳ בלא שבועה הוי מגו דהשתא מה יושיענו דע״א בקרקע לאו כלום אכתי העזה איכא דאם אומר לקוחה היא בידי אע״ג דאיכא העזה לבעל דבר לגבי ליכא העזה דאינו יודע בשקרו אבל אם אומר לא מחית איכא העזה לבעל דבר ולעד ומגו כי האי לא אמרינן כפי מ״ש כדעתו ז״ל ועוד קשה לי בדברי הרמב״ן ז״ל דנהי דאין נשבעין על הקרקעות מדאורייתא מדרבנן נשבעין כמ״ש הרי״ף והרא״ש ז״ל בפרק שבועת הדיינין והתוס׳ בפרק ח״ה והרמב״ם ז״ל בפ״ה מהלכות טוען והרב בעל הטורים ז״ל בסימן צ״ה ורבינו ירוחם ז״ל בנ״ל ח״ב

ומיהו בזה יש להשיב שסובר הרמב״ן ז״ל כדעת רשב״ם וריב״א ורשב״ם שהביא המרדכי בפרק שבועת הדיינין דאין נשבעין על הקרקעות אפי׳ השתא ואע״פ שדעת הרא״ש בפרק חזקת גבי עובדא דרבה בר שרשום ופ׳ שבועת הדיינין דנשבעין על הקרקעות דרבנן לא דחה דברי הרמב״ן ז״ל מטעם זה מפני שרבה להאו׳ דבריו אפי׳ נאמר שסובר הרמב״ן דאין נשבעין על הקרקעות כלל ואולי לא כת׳ הרמב״ן דמגו לאכחושי את העד אפי׳ בלא שבועה הוי מגו דהעזה של בשהטענ׳ שאומר ליכא העזה לא לעדולא לבעל דבר ובטענ׳ המגו איכא הכחש׳ לעד לבד וכ״ש אם יש הכחשה ג״כ לבעל דבר שעתה ממ״ש הטור בסימן קמ״ו בשם הרמב״ן ז״ל דהתם בטענה שאומר איכא העזה לבעל דבר והיה נאמן במגו דאי הוה בעי אמ׳ לא מחיתי דאע״ג דהוי העזה ג״כ לעד לא הוי מגו דהעזה דמה לי העזה לא׳ מה לי העזה לשנים ולכן הוצרך לומר דע״א בקרקע לאו כלום הוא מפני שאם היה צריך לישבע להכחיש את העד לכ״ע הוי מגו דהעזה •

ועיין יש מקום לומר דאע״ג דכתוב בשטר שהאמינו כשני עדים כשרים בלי שום שבועה קלה וחמורה אי איכא עדים לא מצי טעין פרעתי ניהו במגו דלה״ד שכבר ידוע מה שכתבו רב האיי והר׳ אב ב״ד כתבוהו הר״ן פ׳ שבועת הדיינין והרב בעל הטורי׳ בסי׳ ע״א שאם פרעו בפ״ע וצריך לפרעו שנית מביא העדים שפרעו בפניהם ומוציא ממנו ואע״ג דלא קי״ל הכי מ״מ לפי הקים לי הנהוג אצלנו אם תפש הלוה אחר שפרע למלוה שום דבר שהמלוה אין מוציאין מידו וכיון שכן כי איכא עדים לא מהימן מטעם מגו דאיכא למימר ניחא ליה לומר פרעתי ניהו מלומר להד״מ לפי שירא אולי מקרה יקרהו שיתפוש הלוה שום דבר תחת יד ויאמר קים לי כרב האיי והרב אב ב״ד מה שא״כ בטענת פרעתי ניהו

ומיהו לדברי כולם אם כתוב שהאמינו כשני עדים בלי שום שבועה קלה וחמורה לעולם מהימן משום מגו דכשכתוב לעולם אינו יכול לחזור ולתבוע שנית כמ״ש הר״ן ז״ל בפרק שבועת הדיינין בשם הרב אב ב״ד וכל הך שקלא וטריא איכה שלא רוקא בעדים כשרי׳ אבל בעדים פסולי׳ אפי׳ בעד א׳ כשר וע״א פסול ודאי דמהימן לומ׳ פרעתי ניהו ועיין בהרשד״ם חלק ח״מ סימן כ״א ובהר״י אדרבי ז״ל סימן רע״ד זה כתבתי ממה שהשינה ידי לכתוב בעניינים כאלו בעט מנער לא נהיד ואל אלהים אשי׳רברתי יראתו כפלאות מתורתו ועל לוח לבנו יטע אהבתו ויראתו הנלע״ד כתבתי הצעיר חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן כח איזמיר להר״י אלבו יצ״ו שנת ה״ת

שאלה

ראובן נפטר לבית עולמו ונשאר אחריו בנו ואחר זמן מת ג״כ בנו של ראובן ובאים בני בן של ראובן ומוציאין שטר על שמעון שחייב לראובן סך מנה ושמעון ג״כ נפטר לבית עולמו ולא נשאר לשמעון זולת נכסים שיש להם אחריות קרקעות שמכרום בניו אחר מותו ובאים יורשי ראובן לטרוף הקרקעות מיד הקונה אותם בשטר מקויים שבידם והקונה טוען שהשטר מזוייף וכיוצא באלו הטענות יורינו מורינו הצורה לדיקה הסיש שום כח לבטל שטר מקויי׳ושכר אדונינו כפול מן השמי׳

תשובה

טענת הקונה הזה שטוען שהשטר מזוייף איני יודע מה טיבה אם הוא טוען שהשטר מזוייף ושיתנו לו טופס השטר לעיין ולדקדק בו אולי ימצא זיוף או מחק או גרר באנו למחלוקת הרשב״א והרא״ש ז״ל שדעת הרשב״א והרא״ה והריטב״א והרב הנמקי׳ שאין נותנין לו טופס השטר דמצי למימר דמית עלי כאריא ארבא כדאמרינן בפרק ג״פ ודעת הרמב״ם והרא״ש וחכם אחר שהיה בזמנו של הרא״ש ז״ל דנותנין לו טופס השטר והיא דפרק ג״פ לא דמיא להאי כמו שמבוא׳ כל זה בתשובות הרשב״א ז״ל סימן תתפ״ט ובתשובות הרא״ש ז״ל כלל ס״ח סימן ך׳ ובב״י ח״מ סימן ס׳

ולענין מעשה כבר הורה זקן רבן של ישראל הרב ב״י בסימן הנז׳ דנקטינן כהכרעת הרא״ש ז״ל ותשו׳ הרמב״ם וכן כפסק׳ בספר הקצר והודו לו כל רבני האשכנזי׳ ז״ל הבאים אחריו וכן פסק הרלנ״ח ז״ל בסימן כ״ז ומאחר שהרב ז״ל פסק כן אנו שקבלנו עלינו לדון על פי הרב ז״ל ראוי ללכת אחריו אפי׳ להוציא ממון וכמ״ש הרהג״ח בסימן ק״ט ע״ש וא״כ בנ״ד אם שמעון טוען שטרא זייפא הוא שיתנו לו טופס השטר טענה מעלייתא היא ולו שומעין שאמר כהלכה לפי פסק הרב והרלנ״ח ז״ל ולא שייך כאן לבעל השטר לומר קים לי כאותם האומרים דאין נותנין הטופס דבעל השטר הוי מוחזק כדכתבו התוס׳ בפרק חזקת בההוא עובדא דנחין ולחים שטרא זייפא הוא כו׳ דלא כתבו התוס׳ ז״ל דבעל השטר הוי מוחזק אלא להאמינו במיגו ולא הוי מגו להוציא אבל לענין ספיקא דדינא אין בעל השטר נקרא מוחזק דקי״ל כבית הלל דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכ״כ הריב״ש ז״ל בסי׳ ת״ר והרהג״ח בסימן נ״נ והר״י הלוי בסי׳ י״ט

ואם טענת הקונה הזה שאומר זה מזוייף ושיש לו עדים לפסול את השטר ושיתנו לו זמן להביא העדים גם בזה טענתו טענה ונותנין לו זמן ל׳ יום כדמוכח בפ׳ הגוזל ומאכיל והכל לפי ראות עיני הדיין כמבואר בטור ח״מ סימן כ״ח אין צורך להאריך אמנם אם טענת שהוא מזוייף ואינו ראוי לגבות בו הכל יבכה פיהו דלאו כל כמיניה לומר על שטר מקויים שהוא מזוייף דא״כ בטלה תורת שטר שלא יוכל המלוה לגבות בו כשיטעון הלוה מזוייף הוא

ואם טענתו היא שישבע הלוה שבועה שאינו מזוייף קודם שיגבה גם בזה לא נחרו רבים וגדולים מהפוסקים רובא דרובא כמו שכתב הרמב״ם ז״ל בפי״ד שה״מ וז״ל הוציא עליו שטר מקויים והלה טוען מזוייף כו׳ יש חילוק בין הגאונים יש מי שהורה שחייב בעל השטר לישבע כעין של תורה ורבותי הורו שלא ישבע המלוה כו׳ וכדעת הר״ת במז״ל

שמ"ל הכריעו ר"י הלוי והראב"ד והרמב"ן והרשב"א ובעל התרומות והר"ן והה"ה ז"ל כמ"ש בב"י ח"מ סימן פ"ב גם הר' כתבם ולענין הלכה כיון שהרמב"ם והר"י הלוי והרשב"א והרב המגיד מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן ע"כ ויש לדקדק דלמה פרט הני יותר משאר רבוותא שהזכירם הרב ז"ל למעלה (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' פ"ב בהגהת ב"י אות כ"א תירצתי לזה ע"ש ע"כ הגה"ה) ואיך שיהיה כבר הסכים הרב ז"ל לפסוק כן וכן פסקו הרלנ"ח ז"ל בסי' ק"ט והרמ"ך ז"ל בח"ב סי' קנ"ח והראנ"ח ז"ל בסי' ק"ט (הג"ה והרא"ב ז"ל בתשובה כ"י סי' קל"ג ומורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סי' ק"ט וקכ"ג ועיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' פ"ב בהגהת ב"י אות ך' ע"כ הגה"ה) ומאחר דכולהו רבוותא סברי דאינו נשבע בטענו' אלו זולת הרי"ף ז"ל שסובר דמשביעין את הלוה לית דחש לסברת הרי"ף ז"ל איברא שלכאורה היה מקום לומר שהדין עם הקונה מפני שיכול לומר קים לי כהרי"ף וסיעתו ז"ל דסובר דמשביעין את המלוה קודם שיגבה דאעפ"י שיש למלוה שטר מקויים כבר כתבתי למעלה דאין בעל השטר נקרא מוחזק לענין ספקא דדינא וכ"ש לדעת הר"ן ז"ל דס"ל דאעג"ב דאיכא שטר הוי להוציא ומגו להוציא לא אמרינן למאן דאית ליה מגו להוציא לא אמרינן וכמ"ש בתשובה אחרת מהחלק הזה סי' אלא דאעיקרא דדינא נראה דהרי"ף ז"ל הוי יחיד בדבר הזה ואין לומר קים לי כותיה וכן מצאתי למהריב"ל ס"ג סי' כ"ה כתב דאיפשר דמפקינן מיד המוחזק (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' פ"ב בהגה"ת ב"י אות ך' כתבתי שדברין תמוהים ע"ש ע"כ הגה"ה) זהו מה שראיתי להשיב כפי שאלת השואל שאל אם יש ממש בטענת הקונה במ"ש שהשטר זה מזוייף

אמנם יש לחקור בנ"ד אע"פ שלא בא בשאלה בטענת הקונה והוא זה שמדברי השאלה ברור מללו שמת המלוה בחיי הלוה ואח"כ מתו יורשי המלוה והלוה ובזה צריך לחקור מי מהם מת תחילה יורשי המלוה או הלוה שאם יורשי המלוה מתו בחיי הלוה פשיט' ופשי טא שטורפין יורשי המלוה הקרקע מיד הקונה ובשבועה כדין הבא ליפרע מהלקוחות שצריך לישבע ואפי' מכר הלוה קרקע זה לקונה בחיי ראובן או בחיי בנו שכבר נתחייבו שבועה לקונה יכולין לגבות בשבועה דאע"ג דאין אדם מוריש שבועה לבניו בבא ליפרע מנכסים המשועבדים לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו כמו שהסכימו כל הפוסקים פה אחר איברא שמצאנו להרא"ם ז"ל שתי תשובות הפך זה וסותרין זו לזו עמדו עליהם גדולי אחרונים ז"ל (הגה"ה ועיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"ח בהגהת הטור אות כ"א ע"כ ההגהה)

ברם אם מת הלוה בחיי בני המלוה ואח"כ מתו בני המלוה באנו למחלוקת הרי"ף והרב ברצלוני והראב"ד ז"ל כת אחת ובעל העיטור והרא"ש והר"ן ז"ל כת אחרת שדעת בעל העיטור וסיעתו שאם מת מלוה בחיי לוה ומת לוה בחיי יורשי המלוה ואחר כך מתו יורשי המלוה אין היורשים שלהם נשבעים ונוטלים דאע"ג דכשמת הלוה בחיי בני המלו' כבר נתחייבו לבני הלוה כדתנן וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה וכיון שמתו יורשי המלוה אין אדם מוריש שבועה לבניו היינו שבועת בריא אבל גבי יורשין ויורשי יורשים כולה שבועת שמא היא ונשבעין שלא אמר להם מורישם שטר זה פרוע ודעת הרי"ף וסיעתו ז"ל דאפי' בהא אמרינן אין אדם מוריש שבוע' לבניו כמו שבא כל זה מבואר בטור ח"מ סימן ק"ח (הג"ה עיין מ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"ח בהגה' הטור אות ס"ט ע"ה ההגהה) וכיון דאיכ' פלוגת' דרבוות' יכול המוחזק לומר קי"ל כהכך רבוותא דסברי דאין היתומים נשבעי' ונוטלין ומה גם שהראב"ד ז"ל דן ועשה מעשה כן וכתב על זה בש"הת ודעתם רחבה מדעתנו גם הר"ן ז"ל הראה פנים לסברא זו וכיון שהרב ז"ל כתב דהכי אסכימו כולהו רבוותא קבלתם תכריח

ועוד אני אומר דאפי' מתו יורשי המלוה בחיי לוה בין מת הלוה אח"כ בין לא מת אלא שמכר נכסיו אין יורשים של יורשי המלוה נשבעים ונוטלין לפי שנמצא כתוב בח"מ סימן פ"ב שאם מת המלוה ויורשיו מוציאין את השטר והלוה טוען שישבע לו ואינו פרוע י"א כיון דשבועה זו קילא שברי אין כותחין בה אם לא שישאל הלוה נוטלין בלא שבועה וי"א שהיורשין נשבעין שבועת היורשין ונוטלין ורב שר שלום כתב כיון שאין המלוה כאן שיוכל לישבע נשבע ונפטר ע"כ

ובתשובה אחרת מהחלק הזה נשאתי ונתתי בכל הסברות הללו ובפוסקים האחרוני' המדברים בזה ומה שהעלתי לענין הלכה דאע"ג דהרב ז"ל בב"י ח"מ סימן כ"ב פסק דנקטינן כדברי החולקים על רב שר שלום וכן פסק בספר הקצר ח"מ כיון דהוי פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי כרב שר שלום כמו שנראה מדברי הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן רכ"ד אע"פ שלא כתבו כן הראנ"ח ז"ל בסימן ק"ט ומהרמ"ך ח"ב סי' רל"ו וכן נר' מדברי מהר"י אדרבי סי' שכ"ח (הגה"ה עיין בספר כנה"ג חלק ח"מ סי' פ"ב בהג' הטור אות כ"ד שנשאתי ונתתי הרבה בדברי רב של שלום גאון ז"ל וגם בהגהת ב"י אות י"א העליתי דיכול המוחזק לומר קי"ל כר"ש שלום גאון ז"ל ע"כ ההגה"ה)

וכל זה כשאין בשטר זה נאמנות דאם יש בשטר נאמנות לא שייכי הכא לא דברי הרי"ף ז"ל ולא דברי רב שר שלום ז"ל דכיון דיש בשטר נאמנות שהאמין הלוה למלוה אעפ"י שהלוה טוען למלוה אשתבע לי אינו חייב שבועה וכיון דהמלוה אינו חייב שבועה לא שייכא הכא אין אדם מוריש שבועה לבניו שאביו לא היה חייב שבועה ומיהו אם הלוה טוען ליורשים השבעו לי דלא פרעתי לכם חייבים לישבע כיון דלא פטר משבועה אלא למלוה לא ליורשים ואם פטר ג"כ ליורשים הכל לפי תנאו ואם האמין למלוה לו וליורשי' עליו ועל יורשיו דעת הרי"ף דמהני פטור אף ליורשיו ונוטלין בלא שבועה אבל דעת ר"ח וחכמי נרבונה דאפי' נאמנות מפורש לא מהני לגבי יורשים ומיהו כתבו ז"ל דאעג"ב דלא מהני ליורשים אפי' פטור מפורש היכא דמת לוה בחיי המלוה לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו דתרי קולי לא עבדינן כמבואר כל זה בתשובות הרשב"א והר"ן והריב"ש ז"ל ובטור ח"מ סי' ע"א וק"ח ובטור א"ה סי' כ"ו וצ"ח ואף שנמקי יוסף בפרק הכותב חולק על זה וסובר דאפי' בנאמנו' מפורש ליורשים אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו למאן דס"ל דאין פיטור בפירוש מהני כתבתי בתשובה אחרת מהחלק הזה סי' שדעת נ"י ז"ל דעת יחיד הוא ולית דחש לה ואם יש קנין בשטר אף נ"י מודה כמ"ש בתשובה הנז' (הגה"ה גם בספר כנסת הגדולה סי' ע"א מח' ח"מ ס"ט בהגהת ב"י אות ל"ג העליתי שאין לומר קים לי כנ"י ע"כ ההגה"ה) ואפי' שאין כתוב בשטר נאמנות מפורש עליו ועל יורשיו כל שכתוב נאמנות כו' הרי הוא כנאמנות מפורש כמ"ש הרשד"ם ז"ל חלק א"ה סי' קי"ו וקע"ד ורי"ו ורכ"ט ומהרמ"ך ח"ב סי' ל"ו ומהר"א ששון ז"ל סימן כ"ג ומהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ל"א ומהר"ש הלוי והר"ר ברוך ז"ל הובאו דבריהם במהר"י אדרבי ז"ל סי' שכ"ו ושכ"ז (הגה"ה אחר זמן רב באו לידי תשובות כ"י למהרא"ב ז"ל וראיתי שם בתשובה סימן ז' כתב דאפי' כתב

נאמנות

באמנות כו' לא דיינינן ליה באמנות מפורש וכתבתי בספר כנה"ג חלק ח"מ סימן ע"א בהגהת הטור אות כ"ו שאין דבריו עומדין בפני כל הני רבוותא וכמה טעמים דגנו כן הלכה למעשה

ומיהו דוקא שכתב נאמנות כו' אבל אם היה הנאמנות מפורש עליו ותו לא אין בכלל זה יורשים ע"כ

הגה"ה) וגדולה מזאת כתב מהרש"ך ז"ל בח"ב סימן רל"ו שאם נהגו לכתוב נאמנות בכל השטרות בסתם לכינו אותה שטר שלא נכתב נאמנות אמרי' אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי אלא שמהרש"ח ז"ל בתשובותיו סימן נ"א חולק על זה ומוכר דלא אמרינן כמי שנכתב דמי מיהו בכדון דידן נראה דאין שום צד להפטר מן השבוע' דכיון שבא לגבות מהלקוחו' אף שפטרו בפירוש ואף בקנין צריך לישבע ואע"כ דאם היה אביהם חי היה צריך לישבע לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו וכמ"ש למעלה. הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן כ"ט איזמיר אדר התכ"ו לממוני הזמן יצ"ו

שאלה ילמדנו מורינו ורבינו ראו' שהוציא על שמעון ולוי אחים שטר מתנת קרקע שהיה משותף בין שמעון ולוי וטען ראובן שלוי נתן לו חלקו במתנ' והוציא השטר ונתנו לדיין והדיין אמר שהדין עם ראובן וטען שמעון שיתנו לו טופס השטר שכפי המשוער אללו שטר מתנה זו מזוייפת אם מפני שבזמן הכתוב בשטר שנתן המתנה אחיו לוי היה מטורף שלא היה יודע מה היה עושה מלפף טורף שנפל עליו ויש עדים מעידים שלפנים היה עושה צרכיו בחצי היום באמצע החצר בפני הכל ומחמת טירופו לא היה יודע מה היה עושה ופעמים רבות היה נכנס במרחץ בלי כסותו אלא ערום ועריה. וכאלה רבות ודן הדיין שאינו חייב ראו' ליתן לו טופס השטר וחכם אחר רשום אמר שחייב ליתן לו טופס השטר יורינו מורינו הכרעתו בזה ושכמ"ה •

תשובה ז"ל קרי בטור ח"מ סימן ס' שהביא בב"י מחלוקת בזה בין הרשב"א והריטב"א וב"י עם הרמב"ם והרא"ש ז"ל שהרשב"א ז"ל וסיעתו סוברים שאינו מחוייב ליתן לו הטופס והרמב"ם וסיעתו ז"ל סוברים שמחוייב ליתן לו הטופס וכתב הרב ז"ל בב"י בסוף סימן הנז' ולענין הלכה נקטינן כהכרעת הרא"ש ז"ל ותשו' הרמב"ם ז"ל ע"כ וכן פסקה בספר הקצר והודו לו כל רבני האשכנזים הבאים אחריו וכן פסק הרלנ"ח ז"ל בסימן כ"ו ע"ש ומאחר שרבינו הרב מהר"י קארו ז"ל פסק כן אנו שקבלנו עלינו לדון על פי הרב ז"ל ראוי ללכת אחריו אפי' להוציא ממון וכמ"ש הראנ"ח ז"ל בח"א סימן ק"ט ע"ש כ"ש בנדון שלנו ששמעון הוא המוחזק שהוא יורש אחיו וראובן שבא להוציא מידו עליו להביא ראיה שיש לנו ללכת אחר פסק הרב ז"ל להחזיק המוחזק בשלו שהוא ש' היורש שלא יתן לראו' מאומה עד שיעיינו בשטרו ויתן לו תואר שטענתו היה שהשטר מזוייף מכמה טעמים

וכר מן דין אף אם לא היה טוען טענת מזוייף אין כח בידינו להוציא הקרקע מיד שמעון דאיברא דהרב ז"ל בב"י פירש דברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל דדוקא כשטוען טענת מזוייף אמנם הסמ"ע הצריך להוכיח שדעת הרא"ש ז"ל אפי' בשאר טענות נותנים לו הטפסת השטר ואע"ג דהב"ח כתב דכיון דאיכא פלוגת' שלא יתנו לו הטפסת השטר ודברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל אפשר לפרשם דוקא כשטוען טענ' מזוייף אין לכופו ליתן לו הטפסה היכא דלא טען מזוייף ולא כ' לו תגלי שלא יתן לו טופס בספר כנסת הגדולה הח"מ סימן ס' בהגהת ב"י אות ק' כתבתי שאין דבריו נראין לי דאע"ג דלכאורה נראה דבעל השטר מוחזק ליתא שהלוה שהממונ' בידו הוא המוחזק ולא בעל השטר דקי"ל כל"ה שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ולכן הלוה יכול לומר קים לי וכן כתבתי בתשובה אחרת מהחלק הזה סימן כ"ז וכ"ש בנדון שלכנינו שהוא קרקע וכיורשת הפורים יכלי שיכול לומר קים לי כהסמ"ע ואינו נותן לו הקרקע אם לא יתן הטפסת השטר הלא שאני חוכך בזה שהסמ"ע הוא יחיד בדבר הזה נגד הרב ב"י וד"מ והב"ח ע"ש

ועוד אני אומר שלא נחלקו הרשב"א וסיעתו ז"ל אלא דוקא בשטר מלוה שכל שאינו טוען מזוייף הרי הוא כמודה במלוה ומה שתובע הטופס אינו אלא לבקש תחבולות אבל בשטר מתנה וכיוצא בו שהדין תלוי בכמה פרטים לבטל המתנה פשיטא לע"ד שאף הרשב"א וסיעתו מודים שיתן לו הטפסת השטר אולי ימצא מקום לבטל המתנה חוץ מתנו ואם לאו כר הכי ירחהו ולמי שירצה אולי ימצא לו שום זכות דאפוכי במחלוקת לא מפסינן לומר דלא בשאר שטרות שאינן שטרי מלוה חולק הרשב"א ז"ל ועוד דמחלוקת הגדולים הללו אינן אלא בדיין מומחה שדעת הרשב"א דאינו מחוייב ליתן לו את הטופס שלא יבקש עליו תולכות לפסול השטר הלא מראהו לב"ד לקרותו ולראותו כמ"ש ב"י בשם הרשב"א והריטב"א ז"ל וכיון שמראהו בב"ד והדיין לאו קטיל קנה באגמא הוא יראה ויתקדק בשטר אם יש שום מקו' לזכות את הנתבע אבל בכדון שלנו גלוי וידוע לכל שטר פירנו שהדיין כל ישבו וכל חפצו לזכות את ראובן ואלכד זה טעה בפשיטות אפילו בדין שהוא פשוט בש"ע לא ידע מקומו אין ואיך יאמר הרשב"א ז"ל שלא יתן לו הטופס אלא יראהו לב"ד כיון שהב"ד עצמו הוא בעל דינו סוף דבר שהחכם הרשום תורת אמת היתה בפיהו הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת ז"ל ועיין בסי' רמ"ג

סימן ל' לירושלים תוב"ב שנת התכ"ב לחכמים השלמים יצ"ו

מין הבא המסור בידי שמתי הכתות החכם השלם כגון של קדושים כמה"ר יהודה חביליו נר"ו בת אחת והחכם הנעלה כמה"ר שמואל כרימו יצ"ו מורשה ק"ק אשר בירושלים תוב"ב גזרתי אומר שהחר"י חביליו נר"ו בשבכנו יצא זכאי מכל הטענות והתביעות שתבע ממנו החר"ש כרימו יצ"ו הבא בהרשאת הכ"י וכרנסי ארץ ישראל תוב"ב ואף שהחר"ש הנז' טען עליו טענות רבות כולם עומדות על רגל אחד ותל שהדין תלוי בו הוא אם החכם השלם חסיד ועניו כמה"ר דוד חביליו ז"ל היה נאמן אם הוא שלו או אינו נאמן ובינותי בספרים האחרונים וקדמונים ולא מצאתי מקום לספוק שהחכם השלם ז"ל לא היה נאמן על מה שבידו שהוא שלו דאף אם נרצה לאמתו לא' מן האחים שאגות ושטרות יוצאין על שמו שעליו להביא ראיה בעדים שהם שלו ואם לא הם בחזקת האחים כבר נפסקה הלכה דוקא כשאין חלוקים בעיסתן אבל אם הם חלוקים בעיסתם איסור מעיסתו קאן אע"ג דאין הקומץ משביע שיעור השטרות לדעת רוב הפוסקים ואע"כ שאין עדים שממון זה הכתוב בשטרות היה של אבי אמו או מהמתנ' שניתנה לו או מהמציאה שמצא וכדון שלפנינו הדברי' ברורים שהחכם השלם ז"ל היה חלוק בעיסתו בכל דבר זולת במעות השליחות והיה לו שליש מחלק השליחות וגם היה לו מעות ממקום אחר ומלבד זה אפילו באינו חלוק בעיסתו השכימו

הסכימו רוב הפוסקים המפורסמים דאם מת אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בנכסי אבין על האחים להביא ראיה שהממון הזה היה מתפוסת הבית ואינן מאחרים ואף שכתבו קצת הפוסקי' דלא אמרי' דאם מת על האחים להבי' ראיה אא דוקא באונות ושטרות שהיו כתובים על שמו אבל בשאר מטלטלין אין חילוק בין הוא חי למת ועל יורשי הבן להביא ראיה שהיו משל אביו לא כתבו כן אלא דוקא כשאינם חלוקים בעיסתם דאם היה אביהם חי עליו להביא ראיה אבל בחלוקין בעיסתן שאף בחיים חייתו היה נאמן לומר שהיו שלו כמגו דאי בעי לומר מעיסתי קמלתי ה"ה במטלטלין שהוא תפוש בהם דעל האחים להביא ראיה וכ"ש בפי' לא' מגדולי הפוס'המפורסמי' מן האחרונים בתשובה וכ"ש שסברא זו אינה מוסכמת מהכל ורבים וגדולים מהפוסקים סוברים דלא אסיקנא דעליו להביא ראיה אלא באונות ושטרות אבל בשאר מטלטלין על האחים להביא ראיה ועוד דלא אמרינן דעליו להביא ראיה אלא דוקא בשבשעת טענתו היו הנכסים ביד אחרים וככר הם חוץ לרשותו אבל אם בשעת ההלואה היה טוען הנושא והנותן בנכסי שכים שהמעות משלו היה נאמן בודאי כיון שהוא מוחזק בממון כמו שנמצא כתוב בתשובה לאחד מגדולי האחרונים בשם עליות דרבינו יונה ז"ל

וכל זה כהנחה שנדון שלנו דומה לאחד מן האחין שהיו אונות ושטרות יוצאין על שמו אבל הדברי'ברורים שנדון שלנו לא גרע מבן הבית שנושא ונותן בנכסי בע"ה דכל מה שהפקיד או נמצא תחת ידו הוא בחזקת שהיה שלו אפי' שאינו אמוד וידוע שלא היה לו שום דבר ואם מת נותנין ליורשיו כמ"ש רבינו ירוחם ז"ל וכתבו מן המפרשים שהטעם דלא דמי לאשה ואחין שהן שולטין בממון זה בזה משא"כ בבן הבית שאין לו שייכות בנכסים אם לא מכח שהאמינו בע"ה והכא בנ"ד לא היה לו שייכות בנכסי'אלא מכח האמנה שהאמינוהו שולחיו ויש מי שהאמינו זה אפי' באינו חלוק בעיסתו ואפי' לחולקים בחלוק בעיסתו בחלוק מיהא מודים דבן הבית נאמן לומר שהוא שלו ומגדולי האחרונים כתבו דבשותפין תלינן שהיו לו מעות אחרות וכתבו ג"כ דכל שיש לנו לתלות שבא לו ממון ממקום אחר תלינן אע"פי שהוא נושא ונותן במעות השותפות ונושא ונותן בנכסי אבין שאני שאין מקום לומר שיש לו נכסים אלא שנפלו לו מבית אבי אמו ולכן צריך להביא ראיה

נמצינו למדין שהחכם השלם ז"ל היה נאמן לומר על מה שבידו שהוא שלו ואף אם ימצא מי שחולק על הסברות שכתבנו למעלה כלל גדול מסור בידינו בד"מ המע"ה וכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי כפוסק המסייעני ואף שהנתבע הוא יחיד אבל רבים והרבים מוחזקים ככר הסכימו רוב הפוסקי'וכמעט כולם דלא נאמר זה אלא דוקא במסים וארנוניות דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח אבל בשאר דברים שאינן מסים לא מיקרו הרבים מוחזקים אלא דוקא לקחת משכון ואח"כ לירד עמהם לדין ואף בזה אין הת"ח צריך ליתן משכון כמבואר בדברי הפוסקים ומה שטוען החר"ש פרימו יצ"ו דכיון דאנשי ירושל' תוב"ב צריכין המעות הללו לפרוע המסים אזר הדין הזה במסים והרבים מוחזקים הא בורכא היא דאינו נקרא מסים אלא כשהרבים תובעים מהיחיד מס והוא בא לפטור עצמו בטענת קים לי אבל כשהתביעה היא תביעת שאר הממון אלא שהם צריכין אותם המעות לפרוע למסים הא ודאי פשיטא דאין לו דין מסים דאטו ראובן שחייב לשמעון חוב מהלואה וכיוצא בה ושמעון צריך אותם המעות לשלם המס כאתי'ליהיה לשמעון דין מוחזק זו לא אמרה אדם מעול' ומגדולי האחרוני' כתבו דאפילו במסים אין הרבים נקראין מוחזקין כנגד היחיד

אלא קודם שפרעו למלך אבל כשפרעו מנת המלך לא וע"פי זה דבזמנינו זה יאין הרבים מוחזקין דאין הקהלות מחלקין בין המסים שהם לפרוע למלך ובין שאר המסים אם לא שיש מנהג ויחסו סברא זו למהריב"ל ז"ל ואע"פי שמורי הרב ז"ל כתב דאע"פי שהפקיד הנכסים ביד שליש אף אם מת על יורשיו להביא ראיה שלש תשובות בדבר חדא שמורי הרב ז"ל לא כתב כן אלא לפי שטת התוס' והרא"ש דמחלקין בין אונות ושטרות לשאר מטלטלין אבל לחולקים עליהם לא אמרה וככר ביארנו שיכול המוחזק לומר קים לי ועוד דאפשר דלא אמרה מורי הרב ז"ל אלא דוקא כמפקיד בסתם ולא פירש למי הם ולמי אלה אבל כמפקיד ומכרש שהם שלו לכ"ע על האחים להביא ראיה והרי זה דומה למ"ש למעלה בשם עליות דרבי' יונה ז"ל דכל שבשעת ההלואה אמר שהם' שלו נאמן ועוד דלא כתב כן מורי הר' ז"ל אלא כשאינו חלוק בעיסתו דכיון דבחיין היה צריך להביא ראיה אף במותו על יורשיו להביא ראיה אבל כשהוא חלוק בעיסתו דאפי' בחיין על האחים להבי'ראיה כ"ש במותו ומגדולי האחרונים ז"ל כתבו בפירוש יכל שהן חלוקין בעיסתן ומת אפילו לפירוש התוס' על האחים להביא ראיה וזה מבואר כמ"ש

וכיון שזכינו לדין שהחכם השלם ז"ל היה נאמן לומר על מעות שבידו שהם שלו לכ"ע ואפי' אם יהיה מחלוק' בדבר החכם השלם הוא המוחזק ואמר מעתה שגם בנו החכם נר"ו פטור מכל התביעות שתבע תמנו החר"ש פרימו המורשה דהא'רווחת דטענינן ליורש כל מאי דמצי אבוה למטען ובנדון שלפנינו גלוי לעין כל דטענ'ליורש שאם המורי'היה קיי' היה טוען שכל מה שלקח לחשבונו הוא חשבון שלם ושמה שחסר שלחו ונאבד בדרך ואפשר ג"כ שהיה מראה כן על כי פנקסו אלא שנאבדו קצת מהניירים ובכן כל מה שהשיב החכם הנתב' למורשה על טענותיו הם תשובות עולות בקנה היושר והשיווי על פי דין הגמור שמה שהשיב בטענה ראשונה שאפשר שיש עוד הכנסה אחרת ולא נזכרה בין מכוללות בין משלו ושכח מלכתבו או נאבד הכתיבה או שלא יותר ממה שנמצא כתוב הדין עמו דפי היכי דאם היה חי המוריש היה נאמן בשבועתו אף היורש נאמן בחרם סתם כמו שיתבאר גם מה שהשיב שמה שלקח יותר ממה שהיה נוגע לו מהשליש יהיה מירושת או חובות שהיו לו על אחרים ככר נתבאר למעלה שאם המוריש היה טוען כן היה נאמן ולא דמי לאחד מן האחי'כמו שנתבאר למעלה אף אנו אם לא היה טוען טענינן ליורש וכן מה שהשי' שכל מה שלק'לחשבון לבנו אפש' שהכנים' כחשבון גם בזה אם היה טוען אביו כן והא'הנוגע כלפי זה שלחם לירו'תוב"ב היה נאמן גם מה שטען המורשה בעד ק"ל גרוש' אפש' שנשע' שכ' לירו' תוב"ב שפרעם להר"י אבוהב היה בדעתו לפרעם לנז' ואח"כ כשלא פרעם עשה חשבונו ובירר חלקו והוא ידע חשבונו שאפשלא פרע לנז'נוגע לו החל' שביר' לעצמו ע"פ מה שנתבאר למעלה ועוד אם הכתב יד שביד הר"י אבוהב יצ"ו אין בו כאמנות מועיל שלא יוכל לטעון פרעתי כמו שהחכם השלם ז"ל אם היה בחיים חייתו אם היה טוען להר"י אבוהב יצ"ו פרעתיך נאמן בשבועת הסת דבכתב יד לא אמרי'שטרך בידי כמו שהוסכם מרוב הפוסקים וסוגייא דעלמא הכי אזלא והכי דייני כלהו דייני אף אנו טענינן ליורש דשמא פרע אביה' גם מה שטען המורשה שמהגרוש'ים שגבה החכם כמה"ר ש"ט פילו יצ"ו אינו נוגע לו חלק כיון שלא גבאם הוא ראיתי כתב אחד שלוחה מחכמי ירושלים להחכם השלם הנפטר ז"ל ויש לה פנים לכאן ולכאן אמנם ממה שלא כתבו החכמים יצ"ו כתב להרש"ט פילו נר"ו שעשאוהו שליח והוצרכו לכתו' להחכם השלם הנפטר ז"ל וגם הוא כתב לגבירי וטובי אזמיר שיתנו להחכם הנז' מאתים גרוש' מוכיח שבליחות החרש"ט

פילו

פילו נר"ו היה ברשות החכם השלם ז"ל ועל פיו ומה גם שאנשי
ירושלים תוב"ב קבלו עליהם בגזירת נח"ש שלא ישאלו שאיש
אחר תוך ג' שנים משתמא לא חשירי אנשי ירושלים לעבור
על מה שקבלו עליהם בגזירת נח"ש אחר מכל זה נראה
להכריע שלא שאלו להחרי"ט פילו שיתברע הוכו ממה שיגבה
החכם השלם הנפטר או ממה שיגבה הוא אבל לגבות לו שליש
מאותו ממון החלק הנוגע לו לא כיוונו מעולם ובר מן דין
כיון שהחכם השלם הנפטר לא ביאר שלקח שליש מאותו ממון
אף הוא בלא והכי; שמאותו ממון אין לו שליש מן הדין ולא
הכניסו בחלקו ומה שבירר לחלקו הוא מפני שגבה יותר ממה
שנמצא כתוב ושכח מלכתבו ונאבדו הכתבים גם מה שטען
המורש' שנתברר מפי כתב השלוח מקושט' שמה שלקח מקושט'
הוא מהתמידין כסדרן ואין להחכם השלם חלק בהם כפי מה
שנתבאר לעיל אין זו טענה דמי זה אמר שהחכם השלם
הנפטר לקח שליש מהמעות הללו ועל מה שטען המורשה
שהלוו לו מאה גרוש' להוצאה הן לו יהי כדבריו מה בכך הא
קי"ל המלוה את חברו בעדים אין צריך לפרעו בעדים וכשם
שהחכם השלם אם היה טוען פרעתי היה נאמן כך טענינן
ליורש שמא פרע אביו

ואע"ג דקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי
והכא טען הנתבע שלוה אביו מ"מ היכא
שהוא עצמו טען להר"ס אינו יכול לומר פרעתי דכל שאומר לא
לויתי כאומר לא פרעתי דמי אבל יורש שטען שלא לוה אביו
ובאו עדים שלוה טענינן דאחר ההלואה פרע גם ממה שטען
המורשה מת"ש הנגיד כמה"ר יאודה הכהן נר"ו להא' כמה"ר
שאול כאמין נר"ו מלבד שהוא ע"א ויכול היה המורי' להכחישו
יפה טען החכם הנתבע שאולי היה מכניסם בכלל המתנות
הכולל ומה שטען המורשה שא"כ למה לא השיב כן לנגיד
כמה"ר יאודה הכהן נר"ו אינה טענה דמנא ידעינן שלא
השיב לנגיד הנז' ובשביל שהנגיד הנז' לא האמין להחכם
השלם ז"ל לא כתב כן כמה"ר שאול נר"ו ועוד אפשר שהחכם
השלם הנז' לא גילה כן להר"י הכהן לתועלת ירושלים שאם
היה מגלה כן אולי היו מונעים לתת עוד מתנות באמרו שכבר
נתנו לירושלים אבל כשהם סבורים שהם לכנן לא היו נמנעין
מליתן מכל הטעמים האלה גזרתי אומר שאחר שהא' כמה"ר
יאודה חביליין נר"ו אחר האיום והגזום יקבל חרם סתם שלא
נמצאו פנקסים לאביו כי אם אלו שהראה לב"ד ושלא היו שם
פנקסים אחרים ושרפם והשליכם לאיבוד או ע"י או ע"י זולתו
ושאינו יודע בודאי שכל הטענות שטען שקר כזוב ומותר
מטענת ותביעות החר"ש פרימו ש"ן ומורשה ירושלים תוב"ב
ונראה ביד החכם השלם כמה"ר יאודה חביליין נר"ו שתמתי
שמי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת ז"ל

סימן ל"א

כתב ששלחתי לירושלים תוב"ב אל שמועה
כי באה שאנשי העיר עוד ידם נטויה
להרע להרי"ח

למען דעת כל עמי הארץ הבוטחים על חילם
וברוב עשרם כי יש אלהים שופטים בארץ
להציל עשוק מיד עשקו ולא כל הרוצה ליטול גלימא מכתפיה
דחבריה נלעשוק אהב מה שעשה עשוי ואין ב"ד נזקקין על
זה להצילו ;להוציא בלעו מפיו ומשיו להשליך טרם באתי
במגילת ספר וזאת חתימתי להודיע לבני האדם בכל תפוצות
ישראל שכל מי שלא יקיים חוק אחד ממה שגזרתי שהחר"י
חביליין נר"ו זכאי בדינו ממה שתבע ממנו החר"ש פרימו
מורשה מירושלים תוב"ב כאשר שמענו כן ראינו בשטר ההרשאה
שהביא החכם המורשה נר"ו ובשום מקום בתוככי ירושלים
או במקומות אחרים מחמת גיריה דלייהו יקחו כסף או שוה

כסף או אפי' פרוטה מהחכם הר' יאודה הנז' בסבת ובגרמת
ירושלים בעד התביעה הזאת לריק ינעו והיא לא תכלה ואף
כי אנחנו נשלם בתיטבא מהכסף המובא והגיר והנייב לירוש'
תוב"ב ולמען לא יתעקש המתעקש בלשון גזרתי שכתבתי
אמנם אם החכם כמה"ר יאודה חביליין נר"ו ירצה להציל
את הבין מספק גזל ויתפשר עם החכם המורשה תבא עליו
ברכה ויאמר הא מיהא הריזה מנוגה כפי תורת האדם הב
הב וכ"ש אם כבר תפשו מי שיוכל לדון עם מי שתקיף באתי
להודיע שלא כתבתי כן אלא אם ירצה החכם כרצונו הטוב
ובהשלמת דעתו אמנם אם הוא לא ירצה מאן מימי ליא
מידיה ואף אם כבר תפשו ניתן להשבון ובר מן דין לא כתבתי
כן אלא אם החכ' הנתבע אף שזכות התור' מסייעתו עדיין לבו
נקפו אולי נשאר בידו איזה זכות לבני ירושלים והוא לא ידע
ואם ח"ו להחמיר ושכין אביו ז"ל אך אחר שהחכם הנתבע
אחר האיום והגיזום קבל חרם שלא ידע מאומה כמו שגזרתי
ובכין בטח לאמר שנכון לבו בטוח שלא נשאר שום זכות
מירושלים תוב"ב אצל אביו ואחרי זאת נתגלה שהשיעור שיעור
החכם השלם ז"ל באומד דעתו שהיה שלו וזכותו באתו לו ר'
גרוש' ונמצא שעל השיעור ההוא היה מגיע לירושלים תוב"ב
ארבע מאות שקל כסף נתברר דמעיקרא אין כאן תביעה
והבא לעשוק להחר"י חביליין נר"ו אין רוח חכמים נוחה
הימנו ואם חיל יבלע יקיאנו הצעיר חיים בכמה"ר ישראל
בנבנשת זלה"ה

סימן ל"ב תמוז התכ"ו באזמיר יע"א

שאלה ראובן נתנו לו קרקע במתנה חמותו תחלה
ואחריה בעלה ונכתב בספר מיד סופר
העיר כדין וכהוגן מתנת בריא בהחלט מעת' ועכשיו ובקנין
היא תחלה ואחריה בעלה וכן בראש השטר שלוי היא תחלה
וחתמו עליו עדים גם הנותן חתם מודה אני יעקב אמנם יש
תיקון בעיר שכל מוכר או נותן או לוה יכתוב באותו שטר
מודה אני פ' ואם אינו יודע לכתוב ילוה ויחתום בעדו א'
מסופרי העיר ועוד פשט מנהג משום והסתלק מן הספק
שאפילו' תהיה אשה שאינה יודע' לכתו' ולחתו' אפ"ה תלוה לסופר
על מה שמתחייבת לחתום בעדה והכא בנ"ד כן היה שכאשר
קנה הסופר שהוא העד הא' מיד האשה לותה לו ג"כ לכתוב
ולחתום בעדה כנהוג בין הסופרים בשעת הקנין לבאר לה
שחותם בעדה אמנם אחר שחתמו העדים והנותן יעקב
בעלה עברו ימים ולא חתם הסופר בעדה בשבת שבחה או
התרשלות ואחר שראה מקבל המתנה שלא היתה היא חתומה
הלך אל הסופר וכמתעט שיכר ממו קשות למה לא חתם בעד
חמותו כמו שלות' והסופר שחק ואמר לו מאי איכפת לך אם
נכתב תכף ומיד או אחר זמן הלא זכור הוא וכתוב בשטר יום
הקנין שכן הוא הדין אפי' בעדים עצמם שכותבין הענין אחר
זמן שכשזוכרים זמן הקנין כותבין מאותו זמן ובכן כתב
הסופר לותה להתום פ' ויעקב הנותן כשטר חיי לרבנן ויש'
שנק ואשתו לאה קיימת וכהודע הדבר ליוסף בן יעקב רוצה
לעורר ואומר שהורע כחו של שטר יען כי חתם אחר ימים
וראובן טוען כי אין שום מיחוש על זאת הטענה הן מהטע'
שכתוב אשר הוא טוען

וגדולה מזאת כי מודעת זאת בעירנו יע"א וכמו שהשיב
הרב מר קשישא שההסכמה היא כך שלא יהיה בו
כח שטר אם לא כתבו מודה אני פ' או כ"ל בעדו שהרצון
בו שלא יטרוף לקוחות אבל לא שיאבד זכותו מפני זאת
ובמתנתו אין שום פקפוק מכל זה הנה הרב הפוסק נר"ו
אם יש ממש בטענותי לזכותי יזכני ושכרו כפול מן השמים
אכי"ר

תשובה

תשובה לכאורה נראה שלא היה נאמן מההיא דתניא בפרק עשרה יוחסין כאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי בד"א כשבעלי דינין עומדין לפנין אבל אם אין בעלי דינים עומדין לפניו אינו נאמן ופירש רש"י ז"ל בזמן שבעלי דינים עומדים לפניו רמיא ליה למיכר שעדיין לא יצאו משם משגמרו דינא ואמרו איש פ' אתה זכאי איש פ' אתה חייב אבל אין בעלי דינים עומדי' לפניו תו לא רמיא ליה למיכר ע"כ והכא נמי כל זמן שלא חתם בעדה באותה שעה תו לא רמיא למדכר אם לותה האשה לסופר שיחתום כשטר בעדה וליתא דהתם בנקל הוא שישכח למי זיכה ולמי חייב אבל הכא רחוק הוא שישכח אם לוהו לחתום או לא לוהו וכיון שכן, יכול הסופר לחתום עכשיו בעדה אם הוא אומר בבירור שזכור הוא שהאשה לוהו לחתום בעדה דדמי הא להא דאמרינן בפרק ג"פ אמר להו רבא בר שילא לספרי אי ידעיתו יומא דקניתו ביה כתובו וכמו שנא בשאלה ואע"ג דהתם יהוו שנים אין חשש דכיון דהכא הימנוהו לסופר מתא ורק הוא יחידי דינו כשנים ונאמן הוא כשנים ומזה הטעם אפי' יהיה נדון דידן דומה כדומה להך ברייתא דלעיל בפרק עשרה יוחסין נאמן הסופר לו' שלוהו לחתום דהא בהך ברייתא שנים נאמנים לעולם כמ"ש כל הפוסקים

ועוד אני אומר דכיון דשטר מתנה ביד המקבל והמקבל רוצה בקיומו של שטר ולא בביטולו וקיומו של שטר שיחתום בעד האשה הרי הוא כאלו השטר הוא ביד הסופר וכיון דחשבינן לשטר ביד הסופר ודאי נאמן בכל שעה שירצה הסופר לכתוב שלוהו לחתום נאמן דכל שבידו נאמן ודמי להאי מאי דאמרינן בפרק זה בורר אמר להם א' אני ראיתי אביכ' שהטמין מעות בשדה תיבה ומגדל ואמר של פ' הסכל שבידו ליטלן דבריו קיימי' ונאמן במגו דאסהיה רוצ' היה נוטל' ונותנן לזה הכא נמי מגו דאם היה רוצה הסופר לקחת השטר מיד המקבל ולחתום ובודאי שמקבל המתנה היה נותנ' לו בשתי ידים נאמן לומר שכבר נלכוה. על זה מן האשה ושכח ולא חתם ואפי' למ"ש הרשד"ם ז"ל בתשו' חלק ח"מ סי' קפ"ד דכל שאינו כראי יחידי ליטלם אע"פ שיכול ליטלן באמצעות אחרים אין בידו ליטלם מקרי והכא נמי כל שאין הסופר יכול ליטול יחידי אם לא שיתנהו בעל השטר שהוא המקבל מתנה אין בידו ליטלו מקרי ליתא דהתם שאני דאפי' האחר יש ספק אם יכול ליטלו אם לא בהשתדלות כמרץ אבל הכא אין ספק שאם יאמר הסופר למקבל מתנה שאם לא יתן לו השטר לחתום בעד האשה איבה זוכ' במתנ' שיתן לו השטר ודמי כאלו יכול הוא ליטלו יחידי וכר מן דין מאחר שיש עדים בשטר המתנה שנתנו לו מתנה האדם ואשתו והעדים מעידי' שהודו בכתיבת המתנה אם הנותן לא חתם לא בשביל זה הפסיד המתנה דתקנה זו לא נתקנה אלא שלא יהא לו דין שטר לגבות ממשעבדי אבל לא תפסידנה הפסיד המקבל מתנתו או המלוה הלואתו אלא שיש לה דין מלוה על פה וכמ"ש בשאלה

איברא שמדברי הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ג מוכיח בבירור שבמקום שתקנו שאין גובין בשטר אלא כשהחייב חתום בו אינו גובה אפי' מבני חרי אלא שבשואל העיר שהרב מר קשישא זלה"ה דן שהלקוחות לא יתחייבו להחזיר אבל מבני חרי יגבה ואפשר שהרב מר קשישא שהיה ממתקני ההסכמה הזאת ידע בחיליה שלא נעשה ההסכמה הזאת אלא שלא יהיה לה דין שטר גמור לגבות ממשעבדי אבל לא שלא יגבה אפי' מבני חרי ועוד דל מהכא השטר אם העדים קיימים יבואו לפני ב"ד ויעידו ע"פ שפי' ואשתו נתנו לפ' מתנה גמורה ויזכה המקבל מתנה כמ"ש

הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס' סימן ג' כלל העולה שאין בזה חשש ויגבה מקבל מתנה מתנתו הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל נבנשת זלה"ה

סימן ל"ג לרודים שנת התכ"ז

שאלה לאה אשת ראובן נפטרה בלא זרע של קיימ' ונתנה במתנה החצי שנוגע ליורשיה במתנה וא' מהעדים לא היה יודע לחתום וחתם הסופר בעדו וכל כ"ל שבעיר נעשית על ידו ומת אותו העד שלוה לחתום אם הסופר שחתם בעדו הוי עד מפי עד אם נאמר כיון שהוא סופר העיר וכל כ"ל שבעיר נעשים על ידו הוי כאלו נעשה בפני ב"ד יורינו רבינו מורה כ"ק ושכמ"ה

תשובה אם מנהג העיר שכל מי שאינו יוד' לחתום שיחתום הסופר בעדו הא ודאי פשיטא דה"ל כחותם העד עצמו דכל עצמם לא תקנו כן אלא כדי שתמצא חתימ' החייב בשטר וכל שנהגו כן הלך אחר המנהג כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה ח"א סימן תשכ"ט ובמכונות סי' מ"א דקהל שתקנו שאם יפטר א' מהעדים קודם שיחתום השטר תהא חתימת הסופר קיימת כשני עדים תקנת' קיימת ע"כ הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל נבנשת זלה"ה

סימן ל"ד איזמיר התי"ו לק"ק פורטוגאל יע"א

שאלה ראובן השכיר ליחידי ק"ק פורטוגאל אשר פה העירה איזמיר יע"א בית הכנסת אשר בנה בחצרו להתפלל שם עם העזרה ובית שמתפללין הנשים ומוצאיה ומובאיה וכל תשמישיה הצריכים להם לזמן עשרים שנה וז"ל השטר בפנינו עדים ח"מ בא ראובן ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו מתני קנין גמור ושלם מעכשיו וכתבו וחתמו ותנו ביד יחידי ק"ק פורטוגאל הנקרא נוה שלום מחמה שברצון נפשי ובהשלמת דעתי בלי שום זכר אונס כלל אלא בלב שלם ובנפש חפצה מודה אני בפניכם כמודה בפני ב"ד השוב איך אמת ויציב שהשכרתי ליחידי הק"ק הנז' את הבית הכנסת שבניתי בחצירי עם העזרה והבית שמתפללין בו הנשים ומוצאיה ומובאיה וכל תשמישיה הצריכים להם לזמן עשרים שנה שהתחילו מר"ה אשר אנו בו בעד ה' ושבעים גרוש' מידי שנה בשנה והבית הכנסת שהשכרתי להם הוא להתפלל בתוכו תפלת שחרית וערבית ומנחה של שבור ולא מנחה של פרטיים וכל זה נעשה כהוגן וכתיקון חז"ל וכן אמר לנו ראובן שטר שכיר ות זה כתבוה בשוקא וחתמוה בברא כי היכי דלא להוי כמלתא טמירתא אלא גלוי' ומפורס' לכל שנעין יפה השכרתי הבית הנז' ליחידי הק"ק הנז' ואחריות וחומר שטר זה כאחריות וחומר וחוזק כל שטרי הישראל הכשרים שרירין וקיימין דנהיגי בישראל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בביטול כו' ובפיסול עדיהן לדעת הרשב"א ז"ל ושלא יפסל כו' וקנינא מיד ראובן קנו"ת במדל"ב כהוגן וכתיקון חז"ל לקיים כל הנז' והיה זה כו' ועתה העיר ה' את רוח גבי' ושעי ק"ק פורטוגאל להעמיד ישיבה של סופרים שיקראו יום יום אחר התפלה ויורשי ראובן טוענים שאינם חפצים בהעמדת הישיבה הלזו שלא השכיר להם מוריהם את הב"ה הזה אלא להתפלל לא לקבוע שם ישיבה והלכו יורשי ראובן ונטלו מיד המרבין תורה שבעיר גזרה שהדין עמהם כפי השטר יורינו מורינו אם הדין כן ושכמ"ה

תשובה לע"ד נראה שהדין עם הקהל לקבוע ישיבה בקהל ויורשי ראובן אינם יכולין למחות בידם שכבר כתבו התוס' בפרק אלו קשים שמדקדקין בלשון השטר יותר מבלשון המשנה גם הריב"ש ז"ל בסימן ת"ף כת' שמדקדקין בלשון השטר ודנין על פי אותו הדקדוק ,ובנדון שלפנינו שהולכך לבאר ולא מנחה של פרטיים ולא ביאר ג"כ שלא השכירו לישיבה אמרינן אין לנו אלא מה שהוציא מן הכלל בפירוש ולא דבר אחר ועוד דמדהוצי' בפירוש מנחה של פרטיים ולא התנה ג"כ על התפלה של פרטיים מוכח דדוקא מנחה של פרטיים לא יתפללו אבל תפלה של פרטיים יתפללו והואיל ויכולין להתפלל תפלה של פרטיים ודאי נ"כ שיכולין לקבוע ישיבה שהרי המנהג הוא שאחר תפלת הצבור כמו שעה אחת באים הרבה בני אדם להתפלל ומתפללין בעזרה או בתוך הקהל שגים או ג' תפלות ובאותה שעה יכולין ללמוד בישיבה והוי זה כהנה זה אינו חסר דכופין אותו על מדת סדום וכי תימא לא הולרך להוציא מן הכלל תפלת יוכר של פרטיים משום דעל הרוב אותם שבאים ומגאו לבור מתפללין הם מתפללים תפלה אחרת בעזרה ולהתפלל בעזרה לא קפיד דלא קפיד אלא במקום המשתמר והוא הב"ה שמתפללין בו בשעה שאין מתפללין בתוכו נוטלין אותו אבל בעזרה שאינה ננעלת לא קפיד הא ליתא דגם מנחת פרטיים לא קפיד אלא בתוך הקהל אבל בעזרה לא קפיד וכיון דפרט דלא יתפללו תפלת מנחה של פרטיים בתוך הקהל ולא פרט תפלת יוכר של פרטיים ודאי דתפלה לא איכפת ליה וה"ה ישיבה וכמ"ש •

גם ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפרק י"ט מהלכות מכירה וה"ה לכל תנאי ממון שאומדין דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבכללן היה התנאי שהתנה ע"כ ונראה מתוך לשונו דדוקא דברים הידועים לנו שהם בדעת המתנה כוללין באותו תנאי אבל דברים שאינם ידועים לנו אפי' שהדבר ספק אינו נכנס בתנאי וכן נראה מדברי הגאון מהר"י קולון שרש ו' וכמ"ש הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן ל"ג וא"כ בנדון שלפנינו שאינו ידוע לנו בודאי שבדעת המתנה היה שלא לקבוע ישיבה אע"פ שיהיה הדבר ספק אין כוללין אותו בתנאי כ"ש שאפי' אם נאמר שבשהדבר ספק נכלל בתוך התנאי או לפחות יש להסתפק בנדון שלנו בשיטה שלא היה זה בדעת המתנה שבאותו הזמן לא היה מי שעלה על לבו לקבוע ישיבה וכבר כתב מהר"ם אלש"יך בתשובה סימן ס' דלא הצריך הרמב"ם ז"ל שיהא אונס שאינו מצוי ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בשעה שהתנה אלא דוקא כמקבל עליה כל אונסא דמתיליד שמורה שבא לכלול כל מיני אונסין זולת אונס שהוא פלא אבל כל תנאי מתם שמתנין אין צריך שיהא אונס של פלא לשלא יוכלל בתנאי אלא אומדין דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבכללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בשעה שהתנה ומ"ש הרשד"ם ז"ל בסימן הנז' שלא כ' הרמב"ם ז"ל אלא בלוקח שבא להוציא מהמוכר וכל שיש ספק אין כוללין מפני דהמע"ה אבל מי שהוא מוחזק כוללין זה בתוך התנאי אי בעית אימא שלא כתב הרמב"ם ז"ל כן אלא בדברים שיש ספק בהם אולי דעת המתנה בכך אבל בנדון שלפנינו דודאי לא עלה על דעת המתנה כך בשעה שהתנה אפי' אם הוא מוחזק מוציאין מידו ואבע"א שלא כת' הרשד"ם ז"ל כן אלא בדבר שאפשר להבין שנכנס בתוך התנאי כנדון שלו דכיון דקבל עליו מוציליא עד אליסייו יש במשמע שקבל עליו אפי' אחריות הליכת הספינה במקום אחר ונלקחו שם הנכסים ביד המלכות ויש במשמע שלא קבל אלא אחריות סערת הים או שוללים וכיון שהדבר ספק המע"ה אבל בנדון שלפנינו דהתנאי שהתנה אינו בלשון שהוא כדי שנאמר שאף זה בכלל שהרי בפירוש התנה הוץ המנחה של פרטיים ובתנאי זה אינו נכלל קביעות הישיבה אלא שאנו באים לומר דשמא אף זה היה בדעתו להתנות ופרט מנחה של פרטיים וה"ה קביעו' הישיבה אפי' שאין ידוע לנו בבירור שלא היה כן בדעתו בשעת התנאי אין כוללין אותו בתנאי והטע"כ"ל דכל שאינו נכלל בתשמעו' התנאי שהתנה ה"ל כאלו ודאי לא היה בדעתו כך בשעת התנאי ואין כוללין אותו בתנאי וכן מצאתי בשלטי הגבורים פרק א"נ כתב דהמתנה עם חבירו או מקבל עליו לעשות דבר כ"כל מילתא דאיכא למימר דלא אסיק אדעתיה בשעת התנאי אמרינן דלא נתכוון זה בתנאי זה לאותו דבר ולא קבלו עליו ע"כ וה"ה המתנה עם חבירו או מקבל עליו שלא לעשות דבר זה שאין כוללין בתנאי זה כל מילתא דלא אסיק אדעתיה או בשעת התנאי ומורי הרב חלק ח"מ סי' פ"א כתב דהיכא דמתנין בתחילת הדברים שארעו אח"כ ופירשו שמתחייב בכך וכך אין לנו אלא במה שנתחייב בהדיא ובתשובה כ"י לשוהר"י בירב ז"ל סימן י"ג כתוב בפירוש בתנאי שמתנה אדם עם חבירו אין ללכת אחר הכונה אלא מה שאומרים בפירוש בלשונם ע"כ והשתא אם בנ"ד הכונה היא אפי' קביעות ישיבה אין לנו אלא מה שהתנה בפי' ואם אין הכונה כן כ"ש שזכו בני הק"ק לקבוע שם ישיבה

איברא שרי"ו ז"ל בנכ"ג ח"י ומהר"י קולון שרש קי"ב והרא"ד"ב ז"ל בתשובה כ"י חולקים על זה וסוברים דאין לנו ללכת אחר לשון התנאי אלא אחר לשון הכונה ומ"מ בנ"ד זה לא מעלה ולא מוריד דבנ"ד הכונה והלשון אחת שהוא לסיוע בני הקהל ועוד שכבר כתב הרדב"ז ז"ל בח"א סימן קי"ו דבספקא דתליא בפלוגתא דרבוותא לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה

ותאחר שהוכחנו דבנ"ד אין כאן משמעות מלשון התנאי אלא הוספה שבאנו להוסיף על התנאי מטע'אתי"כ' יורשי ראובן ידם על התחתונה ועליהם להביא ראיה שנכנס פרט זה ג"כ בכלל התנאי כמ"ש הרב הנמקי פרק איזהו נשך לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה במקו' שצריך להוסי' על התנאי וכל שיד בעל השטר על העליונה נקרא מוחזק שכבר כתבו הגהות מיימוניות בסוף הלכות מלוה דהא דאמרי' יד בעל השטר על התחתונה משום דהמע"ה ומינה דכשיד בעל השטר על העליונה לא הוי הוא המוציא (הגה"ה כתבתי בספר כנסת הגדולה במהדורא שניה בחלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י אות כ"ו שדברי הגהות מיימוניות לכאורה נראין דסותרין למה שכתבתי שם בגרפש אות מ"ה דאין בעל השטר נקרא מוחזק לומ' קים לי וכתבתי ואפשר דלא כתבו ההגהו' כן אלא דוקא כשאין אחד מהם מוחזק אבל אם שנגנבו מוחזק אע"פי שיד בעל השטר על העליונה אין מוציאין מיד המוחז' ועוד כתבתי שם דלא אמרו ההגהות שכל שיד בעל השטר על העליונה נקרא מוחזק אלא כשלשון השטר מסופק ואי אמרי' יד בעל השטר על העליונה לכרש מה שהוא רולה לכ"ע זכה ואין בו מחלוקת אבל אם אפי' שנאמר שהבנת השטר כבעל השטר יש מחלוקת לענין הדין זה אומר בכה וזה אומר בכה לא יקרא מוחזק לומר קים לי כפ' ע"כ ההגה"ה) וכ"ש בנדון שלפנינו אין כאן אמדנא הדרבא האומדנא היא להפך שלא נכלל בתנאי זה קביעות הישיבה דהא קי"ל דאמוקי' אינשי ברשיעי לא מחזקינן ואיך נאמר ונכדה מלבנו שדעת המתנה היה שלא יקבעו שם ישיבה שאין לו להקב"ה אלא ד"א של הלכה והיא מצוה גדולה עד מאד וכתב הרא"ם ז"ל בח"ב סי' ק"א כשהלשון מסופק ואיכא אמדנא נא' מן הכודין אזלי' בתר אמדנא אע"פי שהלשון סתמו הפך האמדנא וה"ה דאית

לן למימר דלא נתכוון זה אלא לעשות כדברי חכמים ומפקינן ליה משמעותיה ע"כ ואם כשהלשון מסופק כתב כן הרב ז"ל כ"ש כשהלשון אינו מסופק ובאנו להוסיף על התנאי ·

עוד אחרת יש שכתב רבינו ירוחם נכ"ד ח"ד בשם רבינו סעדיה גאון ז"ל הביאו הרב בב"י טור ח"מ סי' מ"ב מחודשין ג' דבשטרות שלנו שנהגו לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונ' וכתב שם הרב בב"י שכ"כ הרמב"ן ז"ל בפרק ח"ה בשם אחד מרבותיו שכתב כן בשם רבי סעדיה גאון ז"ל וכ"כ הר"ן וב"י שם והר"י בר ששת בסי' תמ"ה והרשד"ם חח"מ סי' כ"ו ומהרש"ך ח"א סי' י"ג וק"א וקי"א וח"ב סי' ק"ן וקל"ה ומהר"א מזכסון ז"ל הובאו דבריו בתשובות מורי הרב ז"ל ח"א סימן קכ"ב ומהריב"ל בח"א סי' מ"ו וק"ה ומהר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סי' ז' וכן נראה הסכמת בעל המפה והלבוש והסמ"ע שסתמו כדברי הרב בב"י ז"ל וכך נראין דברי בעל משפט צדק בח"ב סי' כ"א ובסי' כ"ג כתב דלא מצא חולק לרב סעדיה ז"ל איברא שמורי הרב ז"ל בתשובה הנז' ובחלק ח"מ סי' פ"א והרא"נ"ח בח"א סי' כ"א ומהרש"ח ז"ל בתשובותיו סי' ז' וסי' ד' ובביאורו לח"מ סי' מ"ב ובעל משפט צדק בח"ב סימן ע"ג כתבו דיש חולקים על רבינו סעדיה גאון ז"ל וס"ל דאפי' כתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי יד בעל השטר על התחתונה וכתב הרש"ט בספר שארית יהודה והרא"ד"ב בתשובה כ"י ובעל גדולי תרומה בדף קפ"ה דכיון דאיכא פלוגת' המע"ה ע"כ ולי נראה דכיון דאי אמרינן יד בעל השט' על התחתונה נקרא מוציא ואי אמרינן יד בעל השטר על העליונה נקרא מוחזק אין המוחזק יכול לומר קים לי כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק ויכול לומר קים לי או לא הוי מוחז' ואינו יכול לומר קים לי אינו יכול לומר קים לי כמ"ש הר"י הלוי ז"ל בסי' כ"ב וכ"ג וס"ו ואע"פי שאני פקפקתי על זה בתשובה אחרת מידי ספקא לא נפקא וחזר הדין שאין המוחז' יכול לומר קים לי אלא אית לן למיזל בתר רוב הפוסקים כמ"ש מהרש"ח בסי' ל"ז ומהרח"ש ז"ל בתשובותיו סימן מ"ו ובנדון זה רוב הפוסקים הם הסוברים דאם כתוב בשטר דלא כאסמכתא כו' יד בעל השטר על העליונה

ומצאתי בתשובה כ"י למהר"א אביוב ז"ל שקבל מרבנו הרבד"ס ז"ל דכל שהמוכר החזיק מדעתו את הלוק' נקרא מוחזק ונראה לי דה"ה שוכר שהחזיקו המשכיר מדעתו נקרא מוחזק כל ימי שכירותו ולהרא"ד"ב ז"ל בתשו' כ"י ראיתי שחוכך לומר דבספקא דדינא יכול לומר מי שהוא עכשיו מוחז' בקרקע קים לי כמ"ד דבספקא דדינא מי שהוא בתוך הקרקע נקרא מוחזק ואע"פי שלבסוף כתב שאין זה ברור בעיניו והעיקרא דדינא יש חולקים על מ"ש מהר"א אביוב והרא"ד"ב ז"ל כתבתיו לשניף בעלמא לכל מה שכתבתי למעלה (הגה"ה עיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' כ"ה בהגהת ב"י אות מ"ח ואות מ"ט ע"כ ההגה"ה) אלא דכל זה אינינו שוה בנדון שלנו דמאי חזית דקרית לשוכר בעל השטר ולא למשכיר ולכן מטעמים הראשונים הדין עם בני הקהל

ואף אם יהיבנא ליורשי ראובן כל טענותייהו דבכלל מה שהתנה שלא להתפלל מנחה של פרטיים נכנס נ"כ שלא לקבוע ישיבה מ"מ בעזרה או בב"ה של נשים יכולי' לקבוע ישיבה שלשון התנאי כך הוא והב"ה שהשכרתי להם הוא להתפלל בתוכו תפלת שחרית ובמלת בית הכנסת סתם אינו בכלל אלא ב"ה שמתפללים בו האנשים לא העזרה ולא הב"ה של נשים וכן נראה מלשון השכירות שכתוב בשטר השכרתי ליחידי הק"ק הב"ה שבניתי בחלירי עם העזר' ובית שמתפללי' בו הנשים ומוצאיה ומובאיה כו' הנה שבלשון השכירות לא נשמה העזרה וב"ה של נשים בכלל ב"ה והוצרך לבאר וא"ג כשאמר למטה והב"ה שהשכרתי להם הוא להתפלל בתוכו תפל' שחרית כו' הוא על הב"ה שמתפללין בו האנשים לבד אבל בעזרה או ב"ה של נשים אין כאן תנאי ויכולין להתפלל שם מנחה של פרטיים וכ"ש לקבוע ישיב' ועוד מלת בתוכו הכתו' בשטר מוכח הכי דהוי לישנא יתירה דהיה יכול לומר והב"ה שהשכרתי להם הוא להתפלל כו' מדאמר בתוכו למעוטי אתא בתוכו דוקא ולא בעזרה ולא בב"ה של נשים והייתי יכול להבי' ראיה לזה אלא שהשעה נחוצה ומה שבא בשאלה שהמרביץ תורה נתן בידם גזרה שהדין עם היורשים איני מאמין בזה שזה לא ימים רבים רצה המרביץ תורה לקבוע שם בקיאות לעת ערב בשעת המנחה אלא שהקהל לא רצו בקביעות זה כיון שכוונתם היה לקבוע ישיבה ולהיות ראש ישיבה חכם אחר שהוכשר בעיניהם · יהי רצון מלפני אבינו שבשמים שיתן לנו חיים ארוכים לעבדו בלבב שלם הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ל"ה

קושט' להחכם השלם כמה"ר שמואל ן' חביב נר"ו שנת התכ"ח

אם שלמים וכן רבים תחכמונים ורבי פעלים מארי הגלבים · המה הגבורים גבורי כח לעשות חיל במלחמתה של תורה כרבי יהודה בגליבין · שלשה עמודי עולם הראש הא' מיוחד שנטדה נשיא בית אב לפירת תפארתנו הרב הכולל אחי וראש אילן הנטוע לרבים שרשיו ארוכים · ותרי מינייהו רבנן דפקיעי שמייהו וידוע פתחיי"הו בשער בת רבים בין משאבים · החכמים השלמים בעלי חלים בעלי תריסין משה ושמואל ה"י במותב תלתא כחדא יבלו נלבים והמה בכתובים · בחזקת היד הגדולה ורובי' תורתם להחזיק במעות הוראת החכם השלם הפוסק ידידנו נר"ו פלפלא חריפא ודתא מהחלפא משפה לאלפא עביד לה גרגפא ויינו יין המשומר בענבים ; והמה בחכמתם ורוח מבינתם האריכו למעניתם מה יעשה טלה בין זאבים : או מה ימריכהו איש אשר כמוני תולעת ולא איש קל משובין : ובאתרא דזוקוקין דנור נפקי מפומייהו מאן מעייל בר נפחא לתמן והני מן השוע רים כמו שער בכפשי סער מתחולל ואיש מכאובים · מראות ברע אשר מלא את הימים חרובי קרתא אינון נטורי קרתא דייני דחללתא קב של חרובין · האוכלים למעדנים כמשכע לוזים בתרנגולת פטומה ויין ישן עד שתבקע כריסן כל ימיהם כהנים אכול ושתה לחם הנשים ומגרו דונא בקרנייהו איגהו וכל אבירייהו במעלה עקרבים המה בנע הרכבים · להוריד עדיה של תורה והסר העטרה ולבני כתריה מבעל נעוריה ומבטן אמו תמיד ינחה אוכלי לחם העצבים · נגוע ומעונה מילדי העורים והפסחים הפוסחים על אתי הסעיפים גולם אחד ודו פרצופין משל לשני כלבים · כל פונות שהם פונים להוריד לארץ נאמן של ת"ח העוסקים ברזו של עולם הנעלבים ואינם עולבים שומעין את חרפתם ואינם משיבים · ושמו את שמו מחולל מבני נבל גם בני בלי שם נבאו עלמן מן האחוה אנשים אחים כאיש א' חבירים לעשות חונף משכימים ומעריבים נגעים לריבים · והוא מחולל מפשעים וממעשיהם הרעים משוט לשונם קנרבהום גרונם ולשונם תהלך להכות בדיבי' ; ולרש אין כל לא במקרא ולא במשנה ולא בישוב מעלין אותו בדמים לנהוג נשיאותו בדמים לפגוע על ראשי עם קדש חכמים מחוכמים גדולים וטובים · לאיש אשר אלה לו ותמיד כל היום עיניו יחזו בעלבונה של תורה וזילותא דבי דינא סלונים ומרבי' שפתותיה' דובבים · וקורא לו שם חדש כשוא כפרד עד איש עדולמי ורגום אותו בהבני' אבני חלים ובליסטראות ימונו עליו רבים

הטור

• העוד לו בנים שנית אים ושום שכל להבין אמרי בינה ולפלפל בחכמה כיתן השכל במרומים ולא אך לבא כיונם תמים אשר לו קרובים • לא תהא קאי למנוע עצמי מבית המדרש דרוש דרש החכם השלם הפוסק נר"ו אליגה כא מן הבא מידי בית מה לעשות לענין פסקא דדינא ואשר אני אחזה לי כש' ובכתבין • אבל מה אעשה ואהבת חכת הקדם בנן של קדושים החכם השלם חובב להבים • הוליאני ממחילתי לבא על החתום ולכתוב שתי שורות על פני רוחב השאלה לארכ' ולרחב' ודבריו הנחמדים מזהב ומפז על ערבים • ובטחתי בחסד עליון נורא ואיום לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא ואנא
היום כדברים ערבים

אל הספק הראשון שנסתפק החכם השלם הדיין היושב על המשפט בעבור שהשטר ישן כראין דברי החכם השלם הפוסק נר"ו בכל מה שכתב לבטל הספק הזה והמשתכל בתשו' הרא"ש ז"ל יראה כצדק כל אמרי פיו דבתשובה בכלל ס"ח כתב וכן אני עושה כשמביאין שטרות ישנים אני חוקר ודורש להוציא הדין לאמיתו אם אני רואה באמתלא דמוכח שהדין מרומה ושקר אני אומר שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה ובכלל ס"ה סי' ט' כתב מאחר שטוענין היורשים להטיל חרם ראוי לשמוע להם בדבר זה כי מה הפסד יש לזה ראוי לכל דיין בכל דין שיראה לו מרומה לרדוף לצדק ולהוציא לאמיתו ע"כ ולא כתב בתשובה זו שאין לדונו כלל כמ"ש בתשו' דכלל ס"ח מפני שכל חדא וחדא דבר הלמד מענייננו הוא ובתרי גווני דדין מרומ' איירי הרא"ש ז"ל בשתים הנה הדין האחד שנתחז' בדעתו של דיין ונתברר לו בבירור שהדין מרומה שא' מפני כנים או שלמד כן מתוך דברי העדי' שאין עדותן אמת וכמ"ש רש"י ז"ל בפרק שבועת העדות וכתב מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' מ' על דבריו וליכא דלמר משמע דלא מספקא ליה לדיין בלביה והיינו דאמרו התוס' בפרק הנז' כאן בדין מרומה לא שיודעין בו שהוא מרומה דא"כ אין לדונו כלל או דקים ליה לדיין שדין זה מרומה מחמת אמתלאות ואמלנות מוכיחות והוא נדון של הרא"ש ז"ל בכלל ס"ח שמתוך הענין ראה והבין שיש חשש זיוף ורמאות בדין מרומה כדין זה כתב הרא"ש ז"ל שאין לדונו כלל דמזוייף מתוכו ומיניה מוכח שיש שם חשש זיוף וכ"כ מהרח"ש ז"ל בתשובותיו חלק א"ה סי' ל"ז ומהר"ש הלוי ז"ל בחלק א"ה סי' י"ד ואפי' בדין מרומה כזה לא גזר אומר הרא"ש ז"ל שהדיין יקרענו וכמ"ש שם הרבנים הנז' וכן מתברר מדברי רבינו הגדול מהר"ם מטראני ז"ל בח"ב סימן קמ"ב זולת בדין מרומה כמעשה שבא לפני הרמב"ן שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף קמ"ב ומעשה בא לפני מורינו הרמב"ן ז"ל וקרעו בשתי ידיו ועיין הטעם במהר"ם אלשיך ז"ל סי' מ' והפן השני בדין מרומה הוא שהדיין לא נתחזק בדעתו שהדין מרומה בודאי אלא שלבו נוקפו אולי דין זה מרומה בדין מרומה כזה כתב הרא"ש ז"ל שמוטל על הדיין לעשו' דריש' וחקיר' וכל שעשה הדיין המוטל עליו ודר' וחקר עד מקום שידו מגעת ולא נתברר לו כי פרוע הוא הא ודאי משלם במיטבא ונדון הרא"ש בתשובה כלל פ"ה הוא זה שאם לא אתחזק רעותא בשטר וחשש זייוף זולת היותו עתיק יומין על נדון כזה כתב הרא"ש ז"ל שראוי לדיין לרדוף צדק ולהוצי' הדין לאמיתו כלומ' או להוציא לאור שהשטר מזוייף או אם איננו מזוייף אחר החקירה ישלם ומה שכתב מהרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן ע"ג וז"ל וא"כ אין כאן שום טענה לבטלזכות ראובן אלא שהשטר ישן ולא נמצא בזמן הזה מי שמאחר לתבוע חובו ממי שיכול להפרע ממנו ואם לא היה יכול ליפרע משמעון כו' לאו לבטל את השטר אלא לגבות כלל קאמר דלא בשביל שהוא שטר ישן ולית ביה ריעותא אחריתי לא מגבינן ביה וכמו שביארנו אלא להצריכו דרישה וחקירה קאמר וכדמסיק וזה צריך חימוץ

גדול לחקור ולדרוש הרבה אי נמי התם היה טעם לומר שלא נגבות מהיתומים שמא עיכוב הזמן היה מפני שהיה הלוה מכנסיו ומת בעניו וכל שלא הניח מעות אין היורשים
חייבים לפרוע מנכסיהם

מעתה לא ולמד בנדון שלפנינו לומר ניחוש אי מפני שהיו היתומים זמן רב ולא תבעו ללווים לא מפני זה ידחו היתומי' שלא להשתפח בנחלת אביהם דאטו להיותם יתומים איתגורי איתגנו' וכי היכי דאם היה אביהם חי היה גובה אביהם בשטר זה אחר הדרישה והחקירה מאחר שאין בו רעותא וחשש זיוף זולת היותו ישן הכי נמי הכא' אחריו בניו או יורשיו יגבו בשטר זה אחר שהדיין יעשה חקירה בדבר וכל שלא מצא בירור שהשטר פרוע הם יקחו חלקם כ"ש דיתומים עדיפי מהוא עצמו כמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' שמ"ז על נדון כיוצא בזה ואי מפני שאני יתומים שעביר המועד זה ה' שנים ולא תבע חובו ללווים אף על זה פקח עיניו הרשד"ם ז"ל בתשובה הנז' ודן והורה שהדיין יחקור וידרוש על העכבה הזאת ואריכות הזמן מה היתה הסבה אם לא ימצא טעם יעשה פשרה קרובה לדין כיון שהדין עם היתומה כפי האמת ואם ימצא טעם למה האריך הזמן יפרע הלוה כל החוב משלם ע"כ ובנדון שלנו יש טעם לאיחור יותר מת"ש בשאלה שהמלוה הלך לו בסחורה לעיר אחרת ויושב שם ימים או עשור והנתבעים א' מהם דרכו ללכת למקום רחוק ומתעכב שם זמן הרבה והשותף השני קשה כאשר יעידון יגידון הרבה אנשים והשותף הנז' עני היה באותה שעה מצורף לזה כי המלוה היה עשיר והיה טרוד במשאו ומתנו והראיה שכמה שטרות חוץ מאלו נשארו בלתי פרועים וכבר כתב מהר"י אדרבי ז"ל בסימן ק"ט וז"ל אבל בנ"ד אין כאן דין מרומה שהרי לא עמד בעולם המלוה אחר השטר כי אם ד' או ה' שנים ורובם כמולם לא עמד בעיר אלא עקר דירתו ע"כ ואפי' תימא שבנדון הרב מהר"י אדרבי ז"ל רוב הזמן לא היה בעיר מה שאין כן בנדון זה שלא היה חוץ לעיר כי אם שנה אחת הנה כתוב בשאלה שגם הלוה דרכו ללכת חוץ לעיר ולהתעכב שם עידן ועידנין ופלג עידן והשותף השני איש עני הוא והנאיש קשה ומצינו בכמה מקומות השני נוח לי והראשון קשה המינו •

וראיתי להרב מהר"י אדרבי ז"ל בסי' הנז' כתב
ומה גם עתה כנדון הזה שראיתי כתב
מיד איש אמונים רב פעלים דודו של התובע הזה אחי המת בעל השט' שמעיד ומגיד שטר זה אינו פרוע וכ' שערב הפסח שנת הרנ"ה בא מאנקונה ואמר לאחיו למה אינו פורע הר' מנחם השטר הזה והשיב שלא היו לו נכסים לפרוע כו' ולפי הנשמע מהאיש הלוה עולה לא נמצא בשפתיו ע"כ ולא ירדתי לסוף דעתו דאם דודו זה היה מעיד שהוא יודע בבירור ששטר זה לא נפרע היה מקום לומר שיש לסמוך עליו שהיה איש אמונים כנת רב חסדא ומר בריה דרב כפא ואף שגם היה להחזיק וכאן להוציא וגם בזמן הזה אין להוציא אלא בראיה ברורה מ"מ היינו יכולים לומר שגם שאין שום הוכחה שהשטר פרוע כי אם אפומיה מר בריה דרב כפא לא היינו מאמינים לשום אדם כי אם למר בריה דרב כפא אבל כאן שיש הוכחו' שהשטר אינו פרוע וגם יש מי שמעיד שאינו פרוע אי קים לן בגויה מהימנינן ליה אבל מאחר שאיש אמונים הזה לא מפיו אנו חיים שהוא אינו יודע אם השטר פרוע או לא אלא מפי בעל השטר שאמר לו שאינו פרוע מה יועילנו העדות לא יהא אלא המלוה שאומר לא נתפרעתי לא מהימן אם באנו לחוש לזמנו של שטר שהוא ישן נושן איך שיהיה נתבאר שאין מקום בנ"ל להסתפק מפני שהשטר
ישן

שנן והרחבת הדבור בזה הפרט בביטול הספק הזה הלאות אנשים

סימן ר"ו

נשאל הספק השני שהכנסיס אינס של אבי היתומי' שהם כתובים על שם אחר ראיתי להחכם השלם הפוסק נר"ו שבא בדרך קצרה והוכיח מתשובת הרא"ש ז"ל שהביא הרב בעל הטורים ז"ל בחלק ח"מ סימן ס"ה דאדם עשוי שלא להשביע את עצמו אפי' הודה בכתב נכסים אלו של פ' הם וישב הנדון שלנו לפי התירוץ שמתרצים ליישב תשובות הללו של הרא"ש דלא תיקשי אהדדי דיש חילוק בכותב בינו לבין עצמו מעות אלו של פ' הם ולא יצא השטר מתחת ידו לשכתב ידו שהודה שהם של פ' יוצא מתחת יד אחר ובחילוק זה החזיקו רבים מהאחרונים כמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ס"ה בהגהת הטור אות ל"ח ואני הכרחתי שם שהרבנים הגדולים כמהר"ם מטראני ז"ל בח"א סימן רל"ב ומהריב"ל בס"ד דף פ"ד מן הדעת הזה •

ואיברא ואי שלתירוץ זה ולתירוצים אחרים שכתבתי שם שכאמרו ליישב תשובות הרא"ש ז"ל ; יוצא דבנ"ל דידן מצי למטען שלא להשביע את עצמי כתבתי כן אבל לתירוץ מהר"ם אלשיך סימן קל"ז שכתב שיש לחלק בין כשכתב על השטר הכך ממה שמעידים העדים לכשלא כתב הכך ממה שמעדים העדים וכפי תירוץ זה בנדון שלנו שלא כתב הכך מה שמעידים העדים לא מצי למטען שלא להשביע את עצמי כתבתי כן וכמו שהקשה עליו מגדול ישועתי אחי הרב נר"ו וכדי לעמוד על אופיה של טענה זו ולברר וללבן שאין כאן ספק ולדקו דברי החכם השלם הפוסק נר"ו אציגה כא מקור הדין שממנו יש ללמוד בנ"ל שיכול המלוה לטעון שלא להשביע את עצמי כתבתי כן •

גרסינן בפר' הגוזל קמא דק"ב תנו רבנן הלוקח שדה בשם ר"ג אין כופין את ר"ג למכור ואם אמר ע"מ כופין את ר"ג למכור אמר מר הלוקח שדה בשם ר"ג אין כופין ר"ג למכור מכלל דמקנא קני ליה לימא פליגי אבני מערבא וכי מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות אי משום הא לא קשיא כגון דאודעי לבעל השדה ואודעינהו לסהדי

ומפשטא דשמעתא משמע דלא הוצרכו לאוקמה בדאודעינהו למוכר ולעדים אלא דוקא לבני מערבא דמחכו עלי' דרבי יוחנן אליבא דר"י וכי מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות אבל לר"י דפליג עם בני מערבא אפי' לא אודעינהו למוכר ולעדים שקונה השדה בעדו וכותב שם אחרים עליו לאיזו סיבה קונה בעל המעות וכולהו רבוותא פסקו הדין כר"י שכתבו בשתם כתנס לן למחלית שכר ושינה בהם והרויח הריוח של שניה' ולא ביארו דמיירי בדאודעינהו כמו שתראה בטור ח"מ סימן קפ"ג ס"ז גם דין ראובן הקונה שדה משמעון וכתב השטר ע"ש לוי כתבוהו הרמב"ם ז"ל בפ"ב דהלכות שלוחין והרב בעל הטורי' ז"ל סימן קפ"ד בסתם ולא ביארו כשהודיע הדבר למוכר ולעדים ואע"פ כן כתבו דאין מחייבין למוכר לכתוב שטר אחר בשמו ומשמע לכתוב שטר אחר לא מחייבינן אבל מעיקרא קני ליה ראובן וכדדייקינן בגמר' ותמהני על הריב"ש סימן ר"ן שכתב כלשון הזה שהרי כיון שנקנית החורבה בשמו הנה קנה אותה מן הדין כל שלא הודיע לקונה ולעדים בשעת קניה שלעצמו הוא קונה אותה כו' כדאיתא בפרק הגוזל ע"כ וכבר נתבאר דלא מוקמינן בדאודעי' אלא לבני מערבא לא לר"י דהלכתא כותיה ואולי לומר שהריב"ש ז"ל פוסק כבני מערבא הפך כולהו רבוותא שוב ראיתי בספר התרומות שער נ"א חלק ט' ס"א דהכריח אכולי שלא להקים מערער ושאינו מערער אהדדי ונרגש משוגיין דמוכח מינה דלא מתוקמ'הך אוקמתא דאודעינהו למוכר ולסהדי אלא לבני מערבא דלית הלכתא כותייהו ותי' מ"מ י"ל דלא איירי הכא בשמערער זה שנכתב על שמו אבל היכא דמערער בהא לא איירי דעתו ז"ל דיש לכדר ולו' דאפי' לר"י לא קנה אלא בשותק אבל במערער לא קנה ונדון הריב"ש ז"ל הוא במערער כמו שמבואר שם בשאלה ויש לתמוה על מהרש"ח ז"ל בביאורו לח"מ סימן ס' שכת' ואפשר דהריב"ש ז"ל מיירי במערער הבן כו' למה כתבו שם בלשון אפשר והוא מבואר שם כמ"ש

איברא שלא הי"ל להריב"ש ז"ל לומר על דינו כמו שמפורש בפרק הגוזל כיון דבפרק הגוזל בשמעתא מוכח שלא כדבריו אלא שהוא רוצה לומר דמיירי במערער ועל זה לא יצדק לומר כדאיתא בפרק הגוזל ואולי מ"ש כדאיתא בפרק הגוזל לא קאי למ"ש שאני לא הודיעו לא קנה אלא למ"ש שאע"פ כן אין כופין את הבן לשבות השטר דמצי למימר לא יקרא דידכו בעינן ולא זילותייכו שזה מפורש בפרק הגוזל ותמהני על הרב מהר"ע פינ'ון ז"ל בספר גדולי תרומ'דף שט"ו שהקדק מדברי הריב"ש ז"ל דס"ל דלא כהרב בעל התרומות והרב בעל הטורים וכתב ואולי פליגי בההיא דבני מערבא ע"כ ויראה פירוש דבריו דפליגי בההיא דבני מערבא שהבע"הת והרב בעל הטורי' ז"ל פסקי דלא כבני מערבא והריב"ש ז"ל פוסק כבני מערבא ומי הכריחו לזה ולהשים להריב"ש ז"ל חולק עם כל הני רבוותא ולא לומר שדעת הריב"ש ז"ל כדקס"ד דבע"הת דר"י לא מיירי אלא בשותק לא במערער ואולי סובר הרב ז"ל שדברי הריב"ש ז"ל הם אפי' בשותק וליתא כמ"ש •

בכל זה דנקטינן מהאי שמעתא דכל שהשטר יוצא מתחת ראובן אע"פ שנכתב על שם לוי ולא אודעינהו לסהדי ולמוכר שלעצמו הוא דורש קנה אותם ראובן אלא שלדעת הריב"ש ז"ל דוקא בשותק שמעון ולדעת הרמב"ם ז"ל וסה"ת והרב בעל התרומות והרב בעל הטורים ז"ל הוא אפי' במערער ושמעינן מינה דה"ה גבי הלואה אם ראובן הלוה מעותיו ללוי ובשעת ההלואה אמר ללוי שיחייב עצמו על שם שמעון אך שיתנו ליד ראובן וכשתבעו ראובן ללוי בזמנו תבע לאו בעל דברים דידי אתה שהדין עם ראובן וכופין ללוה לפרוע לראובן וכן פסקו בס"הת בשער כ"א והרב בעל הטורים ז"ל והרב בב"י חלק ח"מ סימן ס' וכיון שזכינו לדין זה דון מינה לנדון שלנו דלכ"ע לא מצו הלווין לומר ליורש לאו בעל דברים דידי את אפי' לדעת הריב"ש ז"ל כיון דהכא ליכא מערער ומודה הריב"ש ז"ל כהאין שם מערער וכדכתיבנא ואף אם נאמר דלדעת הריב"ש ז"ל אפי' בשותק לא קנה כמו שלדדתי לדעת בעל גדולי תרומה הנה הריב"ש ז"ל פוסק כבני מערבא והוא יחידי בדבר הזה לגבי כולהו רבוותא דפסקי כר"י

אכן אליינו שראיתי לבעל התרומות והרב בעל הטורים שאחר פסק דינם כתבו וכיון שמעון מודה לו שלא נעשית ההלואה ממונו כופין ללוה לפרוע לראו' שהלוה לו ע"כ דבריהם הם מבוארים שכל מאחם ומתנס שם ובסוגיא דפרק הגוזל שממנה לקחו דין זה אינו אלא דוקא במודה שמעון שההלוא' אינ' נעשי' ממונו שא שרצ' לזכות בהם מטעם זכיה אבל בטוען שמעון שההלוא' נעשי' ממונו לא קנה ראוני ויש מקום לבע"ד לחלוק ולו' דבאינו מודה שמעון שההלואה לא נעשית

לא נעשית מממונו אפי' בפתם שאינו לפניו ואינו מערער לא קנה ראו' ומכי הלוה למימ' ליה לאו בעל דברים דידי את הא ליתא וע"כ צריכין אנו לומר שדעת בע"הת והריב"ה ז"ל דאפי' כאינו מודה שמעון שלא נעשה ההלואה מממונו לא מהימנינן ליה אלא בטוען שלי הם אבל בשותק כגון שאינו לפניו מכי ראובן למטען שלא להשביע את עצמי כתבתי כן וזה כשנדקדק בדברי רבינו בעל הטורים ז"ל שנר' שסותר את עצמו מלמעלה למטה שהוא ז"ל כתב הוא"ל ואמר ראו' שיתנו השטר לידו הרי גילה בדעתו שאינו לא לשון זכיה ולא לשון הודאה שיהיה של שמעון כו' ומדברים אלו משמע דאפילו מערער שמעון ואומר ההלואה נעשית מממוני לאו כל כמיניה דבאמירת ראובן שיתנו השטר לידו הורה שהמעות שלו ודרך האמנה עשה כן לתלותם בשמעון ואח"ך כתב וכיון ששמעון מודה שלא נעשית מממונו כו' נראה שאם היה אומר שמעון שההלואה נעשית מממונו לא היה נאמן ראו' וזה הפך מ"ש תחלה שאינו לשון הודאה שהמעו' של שמעון וכה"ג איכא לאקשויי להר"ב התרומו' שממנו לקח הרב בעל הטורים ז"ל דינים הללו ועוד קשה על הרב בעל התרומות ז"ל שכתב כיון דמודה שמעון שלא היה מממונו אין זה לשון זכיה ופורע לראובן שהלוהו ואף הרמב"ן ז"ל נשאל ממנו בזה והשיב שנ"ל שהדין עם ראובן דכל כה"ג לא הוי הודאה שהמעות של שמעון הם אלא לפנחיא בעלמא כתב הכי ע"כ ומה ענין דברי הרמב"ן ז"ל לדבריו שדינו של הרמב"ן לפי הנראה הוא כששמעון מערער דמממונו נעשה ההלואה והשיב הרמב"ן ז"ל דכל כה"ג לא הויא הודאה שהמעות של שמעון הם אלא לפנחיא בעלמא כתב הכי ודינו של הבע"הת הוא כמודה שמעון שההלואה לא נעשה מממונו ורוצה לזכות בהם מטעם זכיה שזכה לו ראובן ולכן ע"כ צריכין אנו לומר דס"ל לבע"הת והריב"ה ז"ל דהיכא דשמעון מודה דההלואה היא מממונו אפי' שמעון מערער שזיכה לו ראובן לא קנה אבל כששמעון טוען שהנכסים הם שלו אז נאמן שמעון ולא ראובן אבל אם שמעון אינו לפנינו או שמת כיון דאין כאן מערער בבירור שהממון הוא שלו נאמן ראובן לומר שלי הם וכדי שלא להשביע את עצמי כתבתי כן

מעתה לשון הרב בעל הטורים ז"ל מתפרש בדוחק בלי סתירה מתחילה כתב הוא"ל ואמר ראובן שיתנו השטר לידו ולא ליד שמעון הרי גילה בדעתו שאינו לשון זכיה כששמעון מערער שאע"פ שההלואה אינה מממונו כבר זיכה לו שמעון ולא לשון הודאה כששמעון אינו מודה שלא נעשית ההלואה מממונו וגם אינו מערער ועל זה כתב שכיון ששמעון מודה שלא נעשית ההלואה מממונו אפילו מערער שזיכה לו כופין אותו לפרוע והשתא מ"ש בע"הת ואף הרמב"ן נשאל ממנו בזה והשיב כו' קאי לכששמעון אינו מערער וגם ליכא הודאה שהממון אינו שלו לא נכחד ממני שכל זה הוא דחוק בלשון

אבל מה אעשה וקושי דבריהם הביאני לזה ואיך שיהיה דברי הרמב"ן ז"ל ברור מללו שאף ע"פ ששמעון טוען המעות שלי וכמו שהודה ראובן לא הויא הודאה לפנחיא בעלמא כתב כן ואף אם נאמר שהרב בע"הת ז"ל והרב בעל הטורים ס"ל דבכה"ג אפי' בשותק לא זכה ראו' אין ספק אצלי דבנדון שלנו לא מצי למימר ליה ז"ל לאו בעל דברים דידי את דע"כ לא קאמרינן דאינו נאמן אלא שנכתב כל השטר על שם שמעון ולא נזכר שם ראובן כלל ועיקר דליכא רגלים לדבר שלהשביע את עצמו כתב כן אבל שנכתב השטר על שם ראובן והלווין נתחייבו לו אלא שבסוף השטר כתוב והמעות אלו של פ' בהא ודאי יכול למימר שלא להשביע את עצמי הודיתי כיון דאיכא רגלים לדבר שנכתב על שמו

וראיה לדבר מתשובת הרא"ש ז"ל כלל נ' סימן ז' הביאה הרב בח"מ סימן ס' שהודפין נ' על שטר שהיה כתוב בשם ראובן וכתוב בסופו ואלו המעות הם מחכירות הקהל וטען ראובן שכיון שכתובים על שמו שלו הם והקהל מכחישים אותו הדין עם הקהל דכיון דהמנהג הוא כשהוכרים חכירות כותבין אותו בשם א' מן הקהל וכותבין בסוף השטר וזה הממון הוא מחכירות הקהל לאו כל כמיניה דראובן לומר דהמעות שלו ועלין להכי ראיה ע"כ ומוכח מדבריו דדוקא בנדון הרא"ש ז"ל שהמנהג של הקהל היה לכתוב שטרותם על שם היחיד הדין עם הקהל הא לאו הכי נאמנים דעלמא שאין המנהג כן נאמן לומר שהמעות שלו וכדי שלא להשביע את עצמו כתב כן כמ"ש מהר"א ששון ז"ל והשמ"ע ואף לטעם שנתן הרב בעל הלבוש ז"ל בתשובה זו מפני שאין דרך היחיד לתלות מעותיו בקהל שלא להשביע את עצמו יוצא דאם כתב השטר ע"ש ראובן וכתוב שהם ממעות שמעון יכול לטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי והרי בתשובת הרא"ש ז"ל שלא הודיע ללוה ולעדי' ומערערים הקהל לומר שהמעות שלהם אפ"ה אי לאו מטעם שהנהיג הקהל הוא לכתוב שטר חכירתם על שם היחיד היה נאמן ראובן לומר שלי הם והיינו טעמא מפני שנכתבים על שמו ואיכא רגלים לדבר דשלו הם והיא דכתב הרא"ש כלל פ"ו סי' כ' מה ששאלת על ראו' שהלוה מעו' לשמעון ומשכן בהם ש' קרקע לראובן וצוה ראו' לכתוב השטר בשם בנו הקטן ועתה טוען שמעון לאו בעל דברים דידי את לשאיגדיל בנך אדע מה אשיב לו דע כי אין בדברי שמעון כלום וצרי' לפרוע לראובן שהלוה מעות בשם בנו כי נמצא שהיה אפוטרופוס של בנו בשעת הלואה לכך גם עתה נמי הוא אפוטרופוס שלו וצריך לפרוע לו ע"כ והשמע מינה דדוקא משום שהיה אפוטרופוס אין בדבריו כלום הא באינים דעלמא דלא שייך הך טעמא יכול לדחותו ולומר לאו בעל דברים דידי את ואינה סותרת לתשובה שהזכרתי למעלה דלדברי כולם שם' דהכי' באינים דעלמא מהימן איבעית אימא דלרווחא דמילתא נקט טעם זה דאפי' לא יהא נאמן לומר שלי הם מ"מ לא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את מטעם האפוטרופסות ואב"א דבתשובה דאפוטרופוס מודה האב כשנכתב השטר בשם בנו לזכות לבנו נתכוון כאשר כתב לה מהרש"ח ז"ל בביאורו ואב"א דתשובה זו של אפוטרופוס ידוע ומפורסם היה שהנכסים היו מהקטן שכולו מבית אבי אמו ולפיכך היה יכול לומר לאו לאו בעל דברים דידי את אי לאו מטעם אפוטרופסות וכדמתרגם לה הרב בעל נ"ת דף ש"ד אבל אם נכסי' אלו לא היו ידועים שהיו של הקטן לא מצי למימר ז"ל לאו בעל דברים דידי את ואב"א שאני תשובה דחכירות הקהל שהשטר נכתב על שם ראובן אלא שלבסוף כותב ואלו המעות הם מחכירות הקהל משא"כ בתשובה דאפוטרופוס דהשטר כולו נכתב על שם הקטן וע"פ שני תירוצים הללו האחרונים יתכרשו דברי מורי הרב הגדול ז"ל בח"מ סימן כ"ח שכתב בפשוט דהלוה מצי לדחות למוציא השטר לאו בעל דברים דידי את לא הלוית לי אתה מממונך אלא משל שמעון ואם מוציא השטר בעל הנכסים אינו יכול לדחותו שכיון מורי הרב ז"ל הוא כאפוטרופוס שידוע שהנכסים הם של ראובן ולוי היה אפוטרופוס שלו אי נמי שהשטר כתוב על שם בעל הנכסים ולא נזכר המוציא בשטר

אך קשה נהי דאם היה מוציא השטר בעל הנכסים אינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את מטעם דידוע היה שהנכסים שלו מ"מ למה כשמוציא אותו האפוטרופוס יכול

לדחות

לדחות לו לאו בעל דברים דידי את. הרי כתב הרא"ש ז"ל בתשובת האפוטרופוס דאינו יכול לדחות לאפוטרופוס לאו בעל דברים דידי את. וי"ל דנדון הרא"ש ז"ל שאני שהוציא השטר על הלוה בהיותו קטן ולא מצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את אי משום דקטן לאו בר תביעה הוא ודחויי מדחי לי' אי משו' דכיון דעדיין קטן הוא עדיין שם אפוטרו' עליו ואליתותיה דיתומ' קא עביד כדרך האפוטרופסין שמלוין וגובין בעד היתומים ולא מצי לוה למדחי לאו בעל דברים דידי את אבל בנדון מורי הרב ז"ל שכבר גדל הקטן ונעשה בתבע הוא לב"ח בכר נסתלק האפוטרו' מאפורופסתו והוי כאינש דעלמא ולכן מצי הלוה למדחי ליה לאו בעל דברי' דידי את כי היכי דמצי למדחי באינש דעלמ' דלאו אפוטרו' שהוציא שטר על ראובן מנכסי שמעון וידוע שהנכסים של שמעון דמצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את

ושמא תאמר עדיין עם כל זה לא הונח לנו שדברי הרב בעל הטורים ז"ל ברור מללו דטעם כאמנותו הוא משום דמצי למימר שלא להשבי' את עצמי כתבתי כן ואולי אכן חזינן להרא"ש ז"ל בתשובה שהביא הרב בעל הטורים ז"ל בסימן פ"א דבהודה בכתב ידו ואין ההודאה הפך מ"ש בשטר לא מצי למימר להשביע את עצמי כתבתי כן לפי חילוק הר"ם אלשי"ך ז"ל הא לאו מילתא לדון בנדון שלנו שלא יוכל לטעון להשביע את עצמי הודיתי דכיון דאנו רואים לרב בעל הטורים ז"ל שכתב בפירוש שאמנן בכיוצא דנ"ד ומשתמא לא פליג אאביו הרא"ש ז"ל ודאי דאיהו ידע במילי דאבוהא ורביה טפי מינן ואנחנו לא נדע דומה למ"ש הגאון מהר"י קולון ז"ל בסוף שרש ס"ז וז"ל ואע"גב דבסוף פ"ב דכתובות מוכח דלאו הכי פשיטא דרבינו אשר ידע לההיא סוגיא טפי מינן ע"כ וסוף סוף אנו נאמר דאף לפי חלוקו של מהר"ם אלשי"ך ז"ל יוצא דבנ"ד לא מצי למטען להשביע את עצמי כתבתי כן אחר המחילה מעצמותיו הקדושים לא בייתינן ליה דיחיד הוא אבל רבים בדבר הזה ונקיטינן כשאר התירוצי' דנפיק מינייהו דבנ"ד מצי למיטען שלא להשביע את עצמי כתבתי כן ומ"מ להוציאו חלק א"א נאמר דאפי' לפי דעת מהר"ם אלשי"ך ז"ל דהודאה בכתב כל שההודאה אינו הפך ממה שהעדים מעידים אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי היינו דוקא כשאין רגלים בדבר מתוך השטר שהם שלו כנדון הרא"ש ז"ל שהודה בכתב ידו שהנכסים הם של אביו ומתוך הכתב ליכא רגלים לדבר בהפך אבל כנדון שלפנינו דאיכא רגלים לדבר שנכתב השטר על שם המוציאו מ"ש אא"כך ממעות פ' שלא להשביע את עצמו כתב כן

ואם לחשך אדם לומר דוק מינה לאידך גיסא בנ"ד וכיתא כיון שהמלוה' אבי מוצי' השטר היה ידוע שהיה פ'אטור ומנהג הסוחרי' שהפ"אטורים עושים השטר על עצמם וכותבי' שהם מנכסי הסוחרים חזר דין הפ'אטורים כדין חכירות הקהל שכתב הרא"ש ז"ל דמאחר דמנהג לכתוב שטר חכירות הקהל בשם אחד ולכתוב שהם מחכירות הקהל לא מהימן לומר שלי הם הכא נמי כיון דמנהג הפ'אטורים לכתוב השטר על עצמם ומפרשים בתוכו שהם נכסי פ' לא מהימן לומר שלי הם שכתבו לדרך זה אפי' נימא דמנהג זה מנהג קבוע על פי ותיקין והולכין אחריו מ"מ לא מצי הלוה למימר לאו בעל דברים דידי את מטולך דכיון דמנהג הפ'אטורים אע"פי שמפרשים בתוך השטר שהמעות הם מנכסי פ' לעת הגביה הן גובין מהלווין ה"ל כההיא דכתב הרא"ש ז"ל בכותב נכסיו על שם בנו דכיון דנמצא שהוא אפוטרופוס על בנו בשעת ההלואה אף עתה נמי הוא אפוטרופוס שלו הכי נמי בנדון דידן כיון דבשעת ההלואה הוי שליח שלו וכאפוטרופוס שלו וע"ד כן מתחייב עתה נמי הכי הוא וצריך לפרוע לו ולא מצי לדחייה

ומכלל האמור עלה בידינו כנדון שלפנינו שאין הלוה יכול לדחות ליורש לאו בעל דברים דידי את וקרוב אצלי לומר דאם בעל הנכסים יבא לגבות מהלוה מצי למימר ליה לאו בעל דברים דידי את אלא ראובן שהלוה לו המעות ומצאתי לרב מהר"א ששון ז"ל נסתפק בזה איברא שנדון שלו היה באינש דעלמא לא בפ'אטור ומ"מ בבא מי שכתוב השטר על שמו להפרע מן הלוה לכ"ע לא מצי למדחי לומר לו לאו בעל דברים דידי את ממ"כ ויצא דינו של החכם הפוסק נר"ו מלובן ומהוור אף מן הספק הזה

אכתי כאגנן לתור ולדרוש בחקירה אחת בנדון שלנו דשייכא לפרט הזה כתוב בשאלה ששטר שהוציא היורש על הלוה כתוב בו ונתחייבנו לפרעם לו או לכל מוציא שטר זה כו' ואכשר שהיה כתוב בשטר זה או לכל מוציא שטר זה ואפי' בלי הרשאה ואם הדברים כן כבר ידעת דמתשובות הרא"ש ז"ל כלל ס"א הובאו בס' הטורי' חלק ח"מ סימן ס"א דאפי' למנהג טוליטולא שאף אם כתוב בשטר זה לכל מוציא שטר זה אינו גובה בלא הרשאה אם כתוב בשטר ואפילו בלי הרשאה גובה בלי הרשא' ואם אין כתוב בשטר ואפי' בלי הרשא' אלא סתם כתבו לכל מוציא שטר זה ותו לא כבר נתבאר במקומות הנז' דדוקא בטוליטולא שנהגו שלא לגבות בשטר זה אין גובין אבל במקום שלא נהגו כן גובין אף בלא הרשאה וכמ"ש הרב ז"ל שם בסי' הנז' בב"י וכ"כ הרשב"א ז"ל בח"א סי' תתקכ"ג ומהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' קנ"ג ורמ"ג ורמ"ן והרשד"ס חלק ח"מ סי' כ"ב והר"י אדרבי ז"ל סי' רי"ב ורל"ג ומהר"ם מטראני ז"ל הוסיף דאפי' לנוהגים שלא לגבות אינו אלא לבא מחוץ לעיר אבל אם שניה' תוך לעי' גובה המוציאו ומיהו ראיתי להרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סי' רכ"ב כתב ז"ל דבזמנינו זה פשט המנהג כמנהג טוליטולא שאין גובין ולא ידענא מה אידון ביה שבסי' כ"ב כתב ז"ל דדוקא בטוליטולא נהגו שלא לגבות אמנם בשאלוניקי ידוע שאין זה מנהג ברור וגם ראיתי לרב הגדול מהר"י קארו ז"ל בספר הקצר שכתב שטר שכתוב בו שיוכל המוציאו לגבות בלא הרשאה אם אין מנהג בעיר שלא לגבות בו בלי הרשאה תנאו קיים וגובה בו ע"כ ומלשון זה מוכח דאפי' כתוב בו ואפי' בלי הרשאה תלוי במנהג ובאתרא דנהיגי שלא לגבות בו אין גובין ולא משמע כן מתשובת הרא"ש ז"ל עד שהסמ"ע נדחק לפרש שמ"ש הרב ז"ל שטר שכתוב בו שיוכל לגבות בלי הרשאה לא שכתוב כן בפירוש אלא שכתוב בו שכל המוציא יכול לגבות ור"ל אפילו בלא הרשאה אבל אם כתוב בפירוש ואפי' בלא הרשאה גובין בו בכל מקום והב"ח כתב שדברי הרב ז"ל כפשטן ואפילו אם כתוב בו בפירוש ואפי' בלי הרשאה אם נהגו שלא לגבות אין גובין בו וגם הסכים תשובת הרא"ש ז"ל לכוונה זו

ומהורענא ליה לאביבי החכם השלם הפוסק נר"ו דאף אם במקום שממנו באה השאלה מנהג פשוט שלא לגבות אפי' אם כתוב בשטר ואפי' בלי הרשאה בנדון זה גובה ואפי' בלי הרשאה ולא יכיל ליה למימר לאו בעל דברים דידי את וטעמא דמילתא כיון דמטעם מנהג אתינן עלה כיון דאין המנהג בנוי על קו היושר דמדין התורה תנאי שבממון קיים וכבר נשתעבד הלוה לכל מי שיוציא שטר זה אין לדון במנהג הזה אלא דומה בדומה ממש וכמ"ש הריב"ש בתשובה סי' תע"ז ולכן אית לן למימר בנ"ד דאם נהגו כן היינו דוקא באותו כיון שנהגו והוא כשידוע שהמוציא שטר לגבותו אינו בעל הממון אלא בא לגבות בעד בעל הממון אבל בנדון הלז שהיורשים טוענין שהנכסים הם של מורישן והם בעלי הממון

של שכתוב בשטר לכל מוציא שטר זה גובה ואפי' כלא הרשאה ולא מצי למטען לאו בעל דברים דידי את דכיון דהמנהג אינו בנוי על קו היושר אין לדון בו אלא דומה בדומה ממש

סימן ל"ז

ואל שאפק השאלה שנשאלה שם א' מהלווין על המחק כתב החכם השלם הפוסק כר"ו דאין חשש והביא מתשובת הרא"ש ז"ל בכלל פ"ח שהביא בספר הטורים סי' מ"ט ואם נכון שלנו היה דומה לתשובת הרא"ש ז"ל יפה כתב הרב אחי כר"ו שלא הוצרך הרא"ש ז"ל שידעו העדים שטעו אלא לכתוב שטר אחר אבל אם באנו לדון על השטר הזה בעצמו כל שיתברר לנו שהוא ט"ס גובין בו וזכותה היא שכתב רבינו הגדול מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' כ"ג על שטר שהיה כתוב אברהם דוד והוא בן דוד אבל אעיקרא דדינא אין אנו צריכין לכל זה דתשובות הרא"ש ומהר"ם מטראני ז"ל אין הטעות מתברר מתוך הכתב ולכן אין דרך לגבות בו אלא בהתברר הטעות ע"י הסופר והעדים והוי כההיא דכתב הרא"ש ז"ל בכלל ו' סי' ח' על לבור שהסכימו לפטור לראובן בן יעקב וטעה הסופר וכתב ראובן בן יצחק שמפני שלא היה הטעות ניכר מתוך הכתב הוצרך להוכחות אבל בנ"ד שהטעות ניכר מתוך הכתב עצמו מה לורך אל העדי' שהכתב עצמו מוכיח מתוכו שיש שם ט"ס ומתוך מ"ש בכתב ידו וחתם בחתימתו אני פ' כ"פ היא הוכחה גדולה ואמתלא דמוכח טוב' שזה שהודה בכתב ידו הוא החייב והסופר טעה ונתחלף לו בין חייב לחיוב

וכל זה לפי דרכו של החכם הפוסק כר"ו שרלה ללמוד כיון שלו מתשובת הרא"ש ז"ל אבל לע"ד נראה דלא דמו כיון הרא"ש ומהר"ם מטראני ז"ל לנדון שלנו דנדון הרבנים ז"ל ליכא רעותא בשטר עצמו אלא מתה שאנו יודעין שאין זה המתחייב אנו סומכים על העדים אם יודעין בירורו של דבר וכיון דע"פי העדים ידעינן מי הוא החייב תו ליכא חשש אבל בנדון שלנו כפי מה שבא בשאלה שגם אחד מן הלווין נכתב בטעות ונמחק וכתב עליו השם האמיתי איכא רעותא וחשש זיוף שאינו יכול להתברר אף אם יתברר מי הוא החייב בין אם נפרש מ"ש בשאלה ונמחק ונכתב עליו שר"ל שנכתב על המחק עצמו וכמ"ש בתשובת החכם השלם הפוסק כר"ו ור"ל ועל הספק הנ' דכיון דשם א' מהשותפין כתוב על המחק ולא כתב קיומו כו' בין אם נפרש שנמחק ונכתב עליו למעלה מן המחק בינו שטי כדמוכח מדברי הרב אחי נר"ו מקור דין כנון שלנו הוא הא דאיתא בפרק ג"פ אמר ר"י תלויה מקויימת כשרה מחק פסול ואע"פי שמקויים ולא אמרו מחק פסול אלא במקום שריר וקיים כו' ובתר הכי אמרינן אמר ר"י כל תמחקין כולן לריך שיכתוב ודין קיומיהון ואם כנדון שלנו ככתב על המחק ממש הלא נגד עינינו מ"ש בח"מ סי' מ"ד וז"ל אבל אם לא קיים המחק נפסל כל השטר דשמא היה שום שובר כתוב עליו לבעל השטר ומחקן אא"כ מוכח מתה שלפניו ומתה שלאחריו מהו המחק כו' או לא נפסל כל השטר ע"כ וכ"כ ה"ה ז"ל בשם תוס' והרא"ה והריטב"א ז"ל והכי איתא' בירושלמי הביאו הרב המגיד ז"ל כל מה שאתה יכול לתלות המחק תלה וכתב הב"ח כל מה שאפשר לתלות במחק איזה תנאי תולין והשטר כולו כשר אף שנתקיים המחק ע"כ ומדלא איתפרש לא בתלמוד ולא בפוסקים במה יהיה שיעור המחק נראה דאפי' בתיבה אחת שנכתבה על המחק אם לא נתקיים פסול כל השטר למאן דס"ל הכי וכן ראיתי להרשב"א בתשו' ח"א סי' תתקס"ז בשטר אחד שהיה כתוב מלת בפירותיהם על המחק אם לא נתקיים אין למדין ממנה כלל

ומיהו לדברי הרשב"א ז"ל ליכא ראיה דכיון דלדידיה ז"ל אין כל השטר נפסל אלא דאין למדין ממנו אין חילוק בין תיבה אחת לתיבות הרבה אבל לתאן דפסיל כל השטר מטעם דשמא תנאי היה לחובתו של בעל השטר ויש' דאין לפסול אלא במקום שאפשר שהיה שם תנאי לחובתו אבל אם התיבות הנמחקות א"א שהיה שם תנאי אין לפסלו דלא גרע מאם מה שלמעלה ולמטה מוכיח מה היה המחק לא נפסל כל השטר

כללן של דברים למאן דפסיל כל השטר לא פסיל אלא כשנמחקו תיבות שאפשר לומר שתנאי היה לחובתו של בעל השטר ונמחק אבל אם בתיבות דנמחקו א"א שיהיה שם תנאי לא נפסל כל השטר כן נ"ל ומ"מ בנדון שלפנינו לא מעלה ולא מוריד כמו שיתבאר בס"ד ואע"ג דהרשב"א חולק בעיקר הדין וסובר דאפי' במחק לא מיפסיל כל השטר אלא שאין למדין מאותה תיבה וכתב ה"ה ז"ל שכן נר' דעת הרמב"ם ז"ל כלל מסור בידינו שכבר שבממון יכול המוחזק לומר קים לי וכנדון שלנו הלוה הוא מוחזק שמוחזק בממונו ולא בעל השטר דקי"ל כב"ה שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כמ"ש הרמב"ם ז"ל בסוף ה"מ ולוה והרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב ז"ל בח"מ סי' מ"ב ובתשובותיו ח"א סי' תתקס"ו והריב"ש ז"ל בתשובה סי' ת"ד והרדב"ז במורפסות סי' קפ"ב והר"י הלוי ז"ל בסי' י"ט וכל הסוברים דמגו להוציא לא אמרינן אף במקום שטר סוברים דבעל השטר אינו נקרא מוחזק וכן להר"ן ז"ל שסובר דמגו להוציא אמרינן סובר דאין בעל השטר נקרא מוחזק כדמוכח מדבריו בפרק שבועת הדיינין גבי סטראי בינהו וכמו שהכרחתי בתשובה אחרת סי' כ"ו מהחלק הזה ובספר כנסת הגדולה בחלק ח"מ סי' כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות מ"ה כתבתי דאפי' לסוברים דאע"ג דמגו להוציא לא אמרינן היכא דאיכא שטרא מעלייא אמרינן לאו היינו טעמא דבעל השטר נקרא מוחזק דלא כליני כל הני רבוותא על הלכה פסוקה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ועוד דאי מטע' שבו' דבעל השטר נקרא מוחז' אינו צריך להוצי' אמרינן הא לאו להוציא הוא אלא להחזיק אלא דס"ל ז"ל דאע"ג דהוי להוציא היכא דאיכא שטרא מעלייא אמרינן מגו להוציא והטעם משום דאלים כח מגו דשטרא מעלייא אף להוציא מיד המוחזק כמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' פ"ב בהגהת הטור בכללי המגו אות כ"ז ובתשובה אחרת ובתשובה סי' ל"ד מהחלק הזה כתבתי שאף ההגהות מיימוני' שכתבו בסוף הלכות מלוה דיד כע"ה על התחתונה משום דהמע"ה ומינה נפיק דכשיד בעל השטר על העליונה לא הוי הוא המוציא מודים דאין בעל השטר נקרא מוחזק וכן כתבתי בספר כנסת הגדולה מהדורא ב' חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י אות כ"ו

וזה חזיתי בתשובות להרמב"ן ז"ל סימן ק' כשאל על שטר שנמל' גרר בין שנה לשנה א"כ מאחוריו אם חוששין שמא שובר היה כתוב בו אם לאו והשיב שאין חוששין לכלום ולא מרעינן לשטריה בחשש כזה לפי שהשטר הוא מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמע מההיא דשבועת הדיינין דסטראי בינהו דאשיקנא דמי פרעיה ביניה לבין דיליה א"כ באפי סהדי ולא אידכר ליה ברעון אלא במתנה ואע"ג דקי"ל דמגו לאפוקי לא אמרי' וטעמא דמילתא משום דשטרא דמוחזק הוא וכאלו המעות הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקומי ממונא הוא ע"כ

ותמהני דכולהו רבוותא הסכימו דבעל השטר המוחזק לא הוי מוחזק ואיהו ז"ל גופיה בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' מ"ב ובתשובותיו ח"א סימן תתקס"ז הסכים דיד בעל השטר הבא להוציא על התחתונה וכבר ראיתי לרב ז"ל גם בתשובות המכונות בתב דלא דמי כנון שלו למחק שבכתב דלריך קיום דהתם לאו שטרא מעלייא הוא

לא דאיסור זיופי זייף אבל הכא דשטרא מעליא הוא מאן מפיק ליה מחזקתיה עליו הראיה ע"כ ועם כל זה אין הדבר מתיישב דכל שיש בו ספק הלוה מוחזק בממונו ולא המלוה ועוד היכי מוכח בפרק שבועת הדיינין לנדון שלו דבעל השטר יגבה אע"פ שבא להוכיח שאני התם דאיכא מגו ואלים כח המגו להוציא בשטרא מעליא אבל בנדון שלו דליכא מגו לא יגבה בעל השטר ועוד יש לתמוה עליו דמגו לאפוקי ממונא לא אמרינן ומהרש"ח בביאורו לח"מ סי' קמ"ו כתב שדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דמגו להוציא אמרינן ומ"מ כבר כתב שם דבנדון שלנו דנכתב על המחק ולא נתקיים דלאו שטרא מעלייא הוא ואימור זיופי זייף ואינו גובה ועוד אפילו תימא דבעל השטר נקרא מוחזק ויכול לומר קים לי כהרשב"א ז"ל וסיעתו ז"ל אין למדין מאותה תיבה ומה גם דהרשב"א ז"ל דחולק וסובר דמחק ותליה דינם שוה ואם לא נתקיימו אין השטר נפסל בכך כתב בתשובה סי' אלף נ"ה דאם המחק בגופו של שטר כגון שם המלוה והלוה והזמן והמעות השטר פסול ופסק כן הרב ז"ל בספר הקצר ויש לתמוה על רבינו הגדול מהר"ם מטראני ז"ל בח"א סימן נ"ג שכתב כן מסברא דנפשיה ולא זכר להרשב"א ז"ל ונראה ברור דמלא ביאר הרשב"א בדין זה דאם ניכר ממה שכתוב לפניו ולאחריו מהו המחק לא נפסל השטר נראה דבמחק בגופו של שטר פסול אף אם ניכר ממה שלפניו ולאחריו מהו המחק וזה פשוט מהטעם שיתבאר כמ"ד ואף אם מה שכתוב בשולה ונכתב עליו פירושו הוא למעלה מן המחק ביני שיטי לא הרוחנו כלום דמאותה שיטה מיהא אין למדין לכ"ע ועוד דאין חילוק בין מחקים לתלויה אלא בתלוי שאין בו מחק למטה ממנו שלא שדילג הסופר תיבה אחת ותלאה ביני שיטי אבל בנמחק תיבה אחת ונכתבה ביני שיטי לא גרע ממחק שנכתב על המחק מבלי שתלה ביני שיטי דאחשש שיש שם שמא כמחק איזה תנאי שהיה לחובתו של בעל השטר ישנו ג"כ בתלויה שעל המחק שמחק התנאי שהיה לחובתו וכתב עליו ביני שיטי מאי דבעי

וגם ראיתי מ"ש החכם השלם הפוסק יצ"ו דאפי' תימא דבכ"ד לא יוכל שמעון לגבות מ"מ הדבר ברור שיכול לגבות מהערב אע"פ שאינו יכול לגבות מהלוה כמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף ז' הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קכ"ט וחילק החכם השלם נר"ו חילוק נכון בין תשובה זו למ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בסי' מ"ט בדין שני יוסף בן שמעון שהערב אינו משתעבד אלא במקו' שיכול לגבות מהלוה תחלה וכבר כתבתי חילוק זה בספר כנסת הגדולה סי' מ"ט בהגהת הטור אות כ"ב והוא קרוב לחילוק הסמ"ע וגם כתבתי כל החילוקים שכתבו גדולי האחרונים בהבדל שני הנושאין האלו ע"ש ועת לקצר ומ"ש החכם הפוסק נר"ו דאפילו למי שירצה לומר קים לי ולא יוכל לגבות כו' כדי נסבה דבזה אין שייך לומר קים לי כיון דאין כאן מחלוקת וכמ"ש אחי הרב נר"ו וכן כתבתי בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות כ"ג בשם הסמ"ע שדרך הרב ז"ל בספרו הקצר לכתוב סברא מוסכמת שאין חולק עליה בשם יש מי שאומר מפני שלא נזכר סברא זו בשאר פוסקים ומ"מ רואה אני שהרב אחי נר"ו מודה במקצת להחכם השלם הפוסק נר"ו במ"ש ויש לנו כלל מסור בידינו כשאומר וי"א בסוף הלשון הוא הדין המוסכם והא ליתא דאדרבא מוחלפת השטה דכלל מסור בידינו כל פוסק שכותב סברא אחת בסתם ואח"כ אומר ויש מי שאומ' רוצה לתפוס כאותה סברא שכותב בסתם אע"פ שכותב אותה בתחלה כמ"ש הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ל"ח ומהרמ"ע מפאנו ז"ל בתשובותיו סי' כ"ז ומורי הרב ז"ל חלק א"ח סי' א' וכן מתבאר מדברי מהר"ש הלוי ז"ל

בחלק ח"מ סי' ל' ומהרמ"ע ומורי הרב ז"ל כתבו כלל זה בישוב בדברי הרב ז"ל בספ' הקצר ועיין בהרמ"ע מפאנו ז"ל סי' הנז' ובספר שפתי כהן בי"ד סי' רמ"ב ומדברי בעל הזכרונות דף מ"ב ע"ב נראה דסובר דלאו דוקא כשכותב הסברא האחת בסתם אלא אפי' כותב יש מי שאומר ויש מי שאומר נקטינן כסברא האחרונה וליתא כמ"ש בטור א"ח סי' ש"ח דקי"ט ע"א שטה ג' בהגהת הטור ז"ל וכל זה כתבתי בכללי הקים לי אות כ"ד ובספר כללי התלמוד הנדפס עם חלק א"ח אות ש"ב ונשוב לענייננו המתבאר [illegible] המחק הוא שמא תנאי היה כתוב לחובתו ונמחק מה יתן ומה יוסיף בנדון שלנו בהתברר דהשותף הזה הוא החייב עדיין אפשר שמא במקום המחק היה כתוב שם שום תנאי ונמחק

וכד מעיינינן שפיר אשכחינן בנדון שלנו לכ"ע גובין בשטר זה בשופי ובלי ערעור דלמ"ד דמחק שלא נתקיים פסול כל השטר ואין גובין בו קול ושוברו עמו שהרב בעל הטורים ז"ל שהוא מבעלי סברא זו כתב דאם ממה שלפניו וממה שלאחריו מוכח מהו המחק אין למדין מן המחק אבל השטר כשר ובנדון שלנו שלא נמחק כי אם שם הלוה אין ספק דממה שלפניו ולאחריו מוכח דלא היה בו שום תנאי כי אם שם הלוה ואם באנו לומר דכיון דנמחק שם הלוה שהוא גופו של שטר אפי' להרשב"א ז"ל השטר כולו פסול ע"כ לדעת הרשב"א ז"ל שאינו פסול מחק שאינו בגופו של שטר לא חייש לשמא תנאי היה כתוב ונמחק וטעם הפיסול במחק בגופו של שטר דהיינו שם המלוה והלוה והזמן והמעות הוא מפני דכיון דאין שם בפי' שם המלוה והלוה והזמן והמעות אלא על המחק ולא נתקיים אין למדין מאותה שטה הרי היא כאלו אותה שטה או תיבה לא נכתבה ואם המחק הוא בשם הלוה אין אנו יודעין מי הוא המתחייב ואם המחק הוא בשם המלוה אין אנו יודעין למי נתחייב ואם בזמן אין אנו יודעין באיזה זמן נתחייב ואם במעות אין אנו יודעין כמה נתחייב ומהו החיוב והרי הוא כאלו אין כאן שטר וכמו שמתבאר כל זה מדברי רבינו הגדול ח"א סי' נ"ג ולפ"ז בנדון שלפנינו שמפני חתימתו של החייב מתבר' מי הוא החיי' אי' לערוע וכת' הרא"ש ז"ל

ועדיין יש להסתפק בזה שראיתי לרב המגיד ז"ל גבי הרחיקו העדים שני שיטין בסוף הלכות מלוה ולוה כתב בשם המפרשים ז"ל דאפי' באו עדים והעידו על מה שנכתב למטה ולא נוסף בו כלום שפסול לפי שכל שלא נעשה כתיקון חכמי' אינו שטר והכי נמי נימא דכות' דכל שלא נעשה כתיקון חכמים שלא קיים המחק אינו שטר ואף שמתברר מתוך חיובו ואף שהרב ז"ל בב"י ח"מ סימן מ"ה ס"ז כתב על דברי ה"ה ז"ל והוא האומר שלהרמב"ם ז"ל אם לא החזיר מעניינו של שטר בשטה אחרונה שטר כשר הוא ואין למדין ממנו משום דהתם אינאנו צריכין לעדי' שהשטר בעצמו כשר דהא ליכא למיחש ביה דילמא זייף ביה אלא שאין למדין משטה אחרונה אבל הכא השטר בעצמו עשוי בפיסול עד שיבואו ויגידו עליו להכשירו וא"כ אע"פ שהעידו עליו הרי עשוי השטר שאינו כתיקון חכמים ואינו שטר ע"כ והיה מקום לומר לפי זה בנדון שלפנינו שאין צריכין לעדי' אלא מגופו של שטר מתברר השטר כשר עדיין אפשר דנדון שלנו דמי להרחיקו העדים שני שיטין דכמו דהתם שמפני דאיכא למיחש שמא יזייף ויכתוב מאי דבעי באותן ב' שיטין השטר פסול ואפי' באו עדים ואמרו שלא נוסף בו כלום פסול מפני שכל שלא נעשה כתיקון חכמים פסול הכא נמי ביה חשש זיוף שמא ימחוק שם ראו' ויכתוב שם ש' במקומו פסול אע"פ שמתוך חתימתו מתברר שהוא החייב כל שלא נעשה כתיקון חכמים אינו שטר אלא שבנדון שלפנינו ממה

נכתב

נפשך גובה היורש בכל מהשני שותפין שנתפרשו שמותם בשטר בלי מחק דאם נאמר דבנדון שלפנינו למחק מתיבת הנמחקת מפני חתימתו כבר נתחייבו שמעון והשותפין כל אחד ואחד לפרוע חלקו וחלק חבירו ואם לא נתחייב אותו שכתוב על המחק כבר נתחייבו השותפין בכל אותו הסך דכבר כתבתי דהכא לכ"ע אין שאר השטר נפסל אלא שאין למדין מאותה התיבה הנמחקת אבל שני השותפין המפורשים בחיובם הם עומדין ונתחייבו בכל הסך ההוא

סימן לח

ואל המ"הר' שנזכר בדברי הרב אחי כר"ו שהעדי' הרחיקו שני שיטין מגוף השטר כבר העד העיד האיש גדול הערכה הרב אחי כר"ו שהביאו השטר לפניו וראה שלא הרחיקו כשיעור שכתבו ראשוני' ב' שיטין ושלש' אוירי' אמנ"מ הרב אחי נר"ו דאפי' הרחיקו העדים שני שיטין ושלשה אוירים מגוף השטר בכרון זה לא מיפסיל שטרא כיון שלא הרחיקו מחתימת החייבין שיעור שני שטין ולא דמי לטיוטהו בטיוטא דהתם איכא למימר דחתמי אטיוטא ולא אגוף השטר אבל הכא מת"כ בשר דאם תאמר דחתמו אחתימת החייבים כבר הם מעידי' שהחייבים הם פ'ופ' לכאורה היה נראה לנמגס כזה ממה שראיתי למרדכי פנ"פ כתב שמא על שאלת חלוס חתמו כו' מכאן דקדק הרב ר"י לפסול כתובה שהיה החתן חתום תחלה והעדים חתומים תחתיו דכי היכי דאמרינן הכא על שאלת חלום חתמו ולא אעיקר הגט שלמעלה הכי נמי לא חתמו אלא אפ' הוא החתן ואני דקדקתי מכאן שהכתוב'כשרה כו' דחתימת העדים לא קיימי עליה אלא אעיקר השטר לפני פנין הכא נמי נימא שהעדים לא מסהדי שהוא חתן אלא אעיקר כתובה מסהדי ע"כ הרי שם דהחתן שם הוי כהחייבים כנ"ר ואפ"ה רצה לפסלה ה"ר יחזקיה ז"ל ואפילו למהר"ם ז"ל שמכשיר באותו נדון היינו דוקא בליכא שיעור שני שיטין בין הכתובה והעדים אבל אם הרחיקו העדים שני שיטין מגוף השטר יודה מהר"ם ז"ל דפסול אע"ג דהחתן איש הבינים ומחתימת החתן לעדים ליכא שיעור הרחקה זה היה נראה לכאורה וליתא דהתם הוא בכתובה שלא חתם בה החתן מודה אני כל הכתוב לעיל אלא שחתם אני פ'בן פ' חתן כמו שמתבאר מדברי המרדכי ז"ל אבל בנדון שלנו שחתמו החייבים מ"א כהנ' לא נפשא' א"כ אפי' דבנדון המרדכי ז"ל חתם החתן מודה אני לא דמי לנ"ר דהתם יש מקום לומר שחתמו דפלוני החתן ושנכנסה לחופה עמו לחייבה משום א"א במקום שלא הוחזקו שלפני' יום אבל הכא בנ"ב למאי הלכתא חתמו שהם פ' ופ' כי אם לחייבם בכל מה שנתחייבו הם בחתימתם

סוף דבר היוצא מן המחובר · השטר הזה נקי וכר · מכל הספקות שנסתפק בו החכם השלם דגמיר וסבר · ומום אין בו שכולו טוב שכולו ערוך כהוגן וכתה"ל וכשר הדבר · ומגבא גבינן ביה ואפי' לכתחילה שמו שנתבאר במה שקדם מה שהית כבר · וכאשר כתב החכ'השלם הפוסק כר"ו מרגניתא דלית בה טימי נכבדות בו מדובר · ועל יד החזיק אביר הרועים אחי ורחש מושיע ורב מנהיג ודבר · ושני לנתרות הזהב החכמים השלמים תופשי התורה אלופי רועי אל שני קלותיו חובר · ואחרי אשר גזרה חכמתם כי ישר דבר החכ'הש' הפוסק כר"ו יפה דן ויפה הורה ויפה זיכה מה טיבו של טופר · אני עני הדעת להכנס במקו'גדולים נכרי לבב מלנאו ומלבר · אך עלמי לדרישת החכם השלם הפוסק נר"ו שאול שאל להיותי נמנה עמו ואיידי דחביבא לן וחביבותיה גבן כאתי עד הלום לאפושי גברא ודבר דבר ·

עיני לשמיא נטלית החכם השלם הפוסק נר"ו ויחי עוד לנלח ומתורתו ירשנו נפלאות ומיליה לאורייתא בכח יגבר · ירום ונשא וגבה כטפה מן הים האיש הגדול בענקי' הר ניהו רכה · אור זרוח לצדיק זקן שקנה חכמה עמקה ורומה תלאה כגלגל חמה ויצבור בר · הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זל"הה

סימן לט

קושטאנדינא להח"ר משה אלטון יצ"ו שנת השפ"ב

שאלה ילמדנו רבינו ראובן הוליא שטר על שמעון שחייב לו מנה והשטר לא היו חתומין בו העדי'כי אם הלוה לבד והיה השט'כלשון כל השטרו'שחותמי' בו עדים ובנאמנות וטוען שמעון שכיון שאין חתומים בו עדים אין לו דין שטר יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה ·

תשובה בוחן לבות וכליות הוא יודע שלאהב'החכם השואל י"ל הייתי חבק לדקו אבל מה אעשה ואני ששמים גור עלי לא תבירו כניס כהשפט ולכן אני אומר הנלע"ד שאם חתימתו זאת נתקיימה בב"ד אז עדים מעדים שהיא חתימת ידו לא גרע מכתב יד דאע"פי שאין שם עדים אינו יכול לומר להד"ת כמבואר בטור ח"מ סימן ס"ט וזה מבואר בדברי בעל משפטי שמואל סימן ע"ו גם מדברי הרב המובהק כמהר"ר בצלאל אשכנזי ז"ל בסימן כ"ה ומהרש"ך ח"ג סימן כ"ח

איברא דבעל משפטי שמואל כתב שם דברים תמוהים בעיני וז"ל וכ"ש לדעת הפוסקי דבכת'יד בעינן כ"ש המתחייב וחתימת ידו ובנ"ד ליכא רק חתימת ידו כו'ולפי דברין בנ"ד דליכא רק חתימת ידו אין לו דין כתב יד לדעת האומרים כן ותימא הוא בעיני דלא ראיתי לשום אחד מהפוסקים שיסבור סברא זו דבעינן כתיבתו וגם חתימתו אדרבא מלאנו מי שסובר דאפי' לא חתם אלא שכתב כתב ידו מודה אני איך לויתי מפלוני מנה ולכן לית דהש לדברי' אלו ולכ"ע בנ"ד דין כתב יד יש לו אמנם אם נדון דידן יקרא כתיבה בנאמנות לענין שלא יוכל לטעון פרעתי דעתי הקלרה נוטה שיוכל לטעון פרעתי דבשלמא בכתב יד אדעתא דכתב יד נחית וכיון דאדעתא דכתב יד נחית ונכתב יד אם לא היה נאמנות היה הלוה נאמן לומ' פרעתי ובשבועה עתה שהאמינו אמרינן על זה האמינו שאינו יכול לומר פרעתי אבל בנ"ד דמעיקרא אדעתא דשטר גמור נחית וחשב שיחתמו העדים אין הנאמנות מועיל לשלא יהיה נאמן לומר פרעתי דיאמר הלוה אני לא האמנתיך עלי אלא כשהייתי סבור שיחתמו העדים ולא נשאר לי טענה לזכות בה בדין מפני דמלוה בשטר טענותי לא יועילו אלא לחייב אותך שבועה קודם גביה אם הייתי טוען פרוע או אמנה או רבית וכיוצא בהם ולגבי שטר שאפי' בלא נאמנות היית אתה הזוכה בשבועה האמנתיך לשלא תצטרך שבועה דליכא דררא דממונא אבל בטענה שהייתי זוכה בה אם לא היה הנאמנות דאיכא דררא דממונא לא האמנתיך לעולם וכיון דבשטר זה לא חתמו בו העדים ואינו מועיל אלא לכתב יד דבכתב יד בלא נאמנות אני הזוכה ולא אחר בטענת פרעתי לא האמנתיך לזה העולם

וכ"ש שראיתי נוסח השטר והיה כתוב בו בלשון ונאמנות כפירוש על כל מה שיטעון כל זמן ששטר זה לא יהיה קרוע או יהיה כתוב הפרעון על גבו שלא יתחייב שבועה ותלולה מזאת מלאתי בתשובות הר"ס אלשקאר ז"ל סימן י"ג דאפי' בכתב יד גופיה אם אין הנאמנות מבורר

על הפרעון מכי לטעון פרעתי דמצי למימר לא האמנתיך אלא בעניני הודאה כו' והוכיח זה מתשובת הרשב"א ז"ל והביאה הרב ז"ל בב"י סימן ע"א שכתב על שטר בשני עדים שהיה כתוב שיהיה המלוה נאמן עליו בשני עדי' כשרים קרוב בעיני דאין הפרעון בכלל הנאמנות ע"כ והיא כתשו' מ"א סימן תתקכ"א ואע"פ שברפוס היא בקוצר בכתיבת יד היא מבוארת דס"ל דאם אין הנאמנות מפורש על הפרעון לא מהני הנאמנות לטענת פרעון כמ"ש מהר"א ששון ז"ל בסימן ע"ד וקשה לי דבתשובה אחרת הביאה הרב בב"י סי' הנז' סמוכה לזו כתב כלשון הזה מה שאמרו שאין בכלל אותו נאמנות פרעון כדין אמרו לפי שלא האמינוהו אלא בעיקר המעות המופקדין אצלו ואלו האמינוהו אפי' על פרעון לכתוב נאמנות סתם ומאי נעיקר המעות דקא' אלא ודאי אינו אלא שלא יטעון בעיקר הפקדון אמנה היו דברינו או רבית ע"כ • הנה שיטת שכתיו ברור מללו בתשובה זו דאי לאו שהיה כתוב והאמינוהו על עיקר המעות שלשון זה יורה כונתו בעיקר המעות ולא בטענה אחרת אפי' שתהיה כתוב נאמנות סתם חוזר על הפרעון וכמ"ש בכי' לבסוף וזה סותר למ"ש ז"ל בתשובה אחרת דאם הנאמנות אינו מפורש על הפרעון דלא מהני

וליכא למימר דמה שהצריך הרב ז"ל בתשובה שהביאו מהר"ס אלשקאר ומהר"א ששון ז"ל והיא בדפוס תתקכ"ה שצריך שיהיה הנאמנו' מפורש על הפרעון הוא מפני שהיה כתוב בשטר תהא נאמן עלי בכל ענייני שטר זה כו' כמו שנראה מהלשון שהעתיק הרב בב"י והסמ"ע ז"ל בסימן הנז' ולשון זה גרע מנאמנות סתם דבשלמא אם היה כתוב נאמנות סתם היינו אומרים דקאי אף על הפרעון אבל השתא דכתוב בו תהא נאמן עלי בכל ענייני שטר זה והפרעון אינו מענין השטר אם לא כתב בפירוש נאמנות על הפרעון לא מהני שהמעיין בתשובת הרשב"א ז"ל בב"י שהביאה מהר"א ששון ז"ל בסימן הנז' יראה שכדון הרב היה שכתוב בשטר תהא נאמן עלי בשני עדים כשרים ולא יותר ואע"פ כן כתב שאם אין הנאמנות מפורש לא מהני ונראה עוד ג"כ משם שיותר סברא לומר דמהני הנאמנות אף על הפרעון בשכתוב בו תהא נאמן עלי בכל ענייני שטר זה מהיכא שכתוב בו נאמנות סתם

תו קשה לי על תשובת הרשב"א ז"ל דבתי תשובות אלו יעידון יגידון שדעת הרב ז"ל שאם הנאמנות אינו מפורש על הפרעון או לפחות סתם לא מהני לטענ' פרעון אלא לטענת אמנה ורבית ואלו מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הרב בב"י סימן פ"ב ס"ב גם הרלנ"ח ז"ל מביאה בסי' ק"ט נראה ברור דס"ל להרשב"א ז"ל דאפי' בלא נאמנות אינו יכול להשביעו על טענת מחילה או אמנה או רבית דאין השטר עומד לכך ואינו יכול להשביעו אלא על טענת פרעון לבד שהשט' עומד לכך וא"כ איך כתב כאן בב' התשו' דהנאמנו' אינו מועיל אלא לטענ' אמנה או רבית והלא אף בלא נאמנות אינו נאמן ומה צלנו לכתוב הנאמנו' אם לא שהאמינו על הפרעון ואפשר שמ"ש בתשובה שהביאה הרלנ"ח בסימן ק"ט והרב ז"ל בב"י סימן פ"ב מיירי בדטעין הלוה כן בלא עדים אלא שהלוה לא"ד טוען על המלוה טענות אלו ואמר הרב ז"ל דאינו נאמן דשטר לאו להכי קיימא אבל אם הלוה מביא עדים לטענת מחי לה או אמנה ורבית וכיוצא בהם אין ספק שדעת הרשב"א ז"ל דאע"ג דהשטר לאו להכי קיימא אם לא כתב לו נאמנות בפי רוש כשני עדים כשרים נאמן ומ"ש בשתי תשובות אלו דהנאמנות אינו על הפרעון אלא הוא על טענת אמנה או רבית כו' ה"ז כשמביא הלוה עדים לטענות אלו ואי לאו הנאמנות שהאמינו בשני עדים כשרי' היה נאמן

הלוה כיון שיש לו עדים ואלא שלא נתברר בתשובות הרשב"א ז"ל שהלוה או הנפקד היה מביא עדים וריהטייהו מוכחא דטענת הלוה גריעא היתה בלא עדים

ולקושיא הראשונה אפשר לומר שבתשוב' שהעתיקו מהר"ס אלשקאר ז"ל ומהרא"ש ז"ל ליירד בדין לומר אם האמינו על הפרעון או לא היכא דכתב נאמנות סתם ולא הסכימה דעתו לאיזה צד דעתו נוטה בבירור ואע"פ שכתב קרוב בעיני לומר שלא האמינו כו' עם כל זה לא החליט המאמר דבעינן נאמנות מפורש על הפרעון ובתשו' שהעתיק הרב בב"י ח"מ סי' ע"א הסכימה דעתו לומר דאפי' נאמנו' סתם מהני או אע"פ שלא הסכימה דעתו עדיין אפשר דמילתא פשיטתא קתני דאפי' למ"ד דבנאמנות סתם מהני הכא שכתו' והאמינו בעיקר המעות הרי הוא כמפרש בעיקר המעות ולא על הפרעון ואיך שיהיה דעת הרבנים מהר"ס אלשקאר ומהר"א ששון ז"ל הסכימו בדעת הרשב"א דכל שלא כתב נאמנות מפורש על הפרעון לא מהני וא"כ בנ"ד נ"כ אף שגוין אותו בכתב יד בנאמנות וכל שלא כתב נאמנות על הפרעון כסתם שטרות שלנו שאינן רגילין לכתוב נאמנות מפורש על הפרעון אם טוען פרעתי מהני אבל מדברי הרדב"ז ז"ל בתשובה כ"י ח"ב סי' ר"עו נראה דאפי' בנאמנו' סתם אינו יכול לומר פרעתי (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות הרא"נ ז"ל וראיתי שם בסימן י"ד עמד על שתי תשובות אלו ותירץ דבאלי תשובות דסימן תקכ"א שכתו' בכל ענייני שטר זה כמ"ש ולידדתי למעלה והעלה לענין הלכה דבנאמנות סתם מהני כנגד עדים אבל אם כתוב בשטר נאמנות כשני עדים כשרים כל זמן שטר זה קיים ולא יהיה קרוע קרע ב"ד או פרעון כתוב על גבו אין הנאמנו' מועיל אלא כנגד הפרעון דוקא וכבר כתבתי זה בספר כנה"ג חלק ח"מ סי' ע"א בהגהת ב"י אות ל' וכיון דאיכא פלוגת' דרבוות' יכול המוחזק לומר קי"ל ע"כ ההגה"ה) ועיין במהריב"ל ז"ל ח"א סי' ק"ה

עוד אני אומר דאפי' מי שירצה לומר בנ"ד דהנאמנות מהני לשווי ככתב יד בנאמנות אפ"ה מצי למימר פרעתי מטעם אחר והוא זה כבר ידעת המחלוקת שהביא בש"ת בשער י"ב הביאו בספר הטורים חלק ח"מ סימן ס"ט דכתב יד מקויים בנאמנות י"א שצריך שיקנה בקנין על הנאמנות ואע"פ שהוא ז"ל הסכים שאין צריך מ"מ לענין מעשה אין כח בידינו להוציא מיד המוחזק דמצי למימ' קים לי כמ"ד דצריך דיהיה הקנין על הנאמנו' ואע"פ שלא מצינו גדול אחר שיסבור כן וה"ל יחיד בדבר ולא מצי למימר קים לי כפי' היחיד היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו כמ"ש הגאון מהר"י קולון ז"ל איכא למימר דמלשון י"א נראה שרבים העומדים בסברא זו ומה גם שהביא סברתם בש"ת ובספר הטורים ואף אם נרצה לומר דלשון י"א לא מכרעא לומר שהם רבים ודרך הפוסקים לומר יש אומרים על היחיד כוק תני מ"ש הרי"ף ז"ל בפרק ז"ב והביא דבריו בספר הטורים ח"מ סימן כ"ב דהמאמין את חבירו כבי תרי צריך קנין ושתמן של דברים לדעת הרי"ף ז"ל בכל גוונא צריך קנין בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה וכן נראה מדברי רבינו ירוחם ז"ל בני"ג ח"ב שלא כדברי מהרמ"ה ז"ל שכתב דלדעת הרי"ף ז"ל לא בעי קנין אלא שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה אפי' בלא קנין מהני כדעת הרמ"ה ז"ל ושכן כתב הרב ז"ל בב"י ולא ידעתי שהיכן חייב זה מדברי הרב ז"ל אי משום שכתב ומדברי רבי' שמ' שדעת הרמ"ה ז"ל היא כדעת הרי"ף ז"ל דההיא דמבטו' בדקנו מניה הוא אלא שהוסיף לומר שאם התנה כן בשעת הלואה אבל אי קנו מיניה מהני אי]וזה הברח להסבר דכונת הרב ז"ל

לדעת הרמ״ה ז״ל דההיא דשבועות מיירי בקנו מיניה אי מיירי בשעת הלואה אלא שהוסיף הרמ״ה ז״ל חדוש אחר מה שא״כ לדעת הרי״ף ז״ל דאי בשעת הלואה אפי׳ בלא קנין מהני הכל לעולם דעת הרי״ף ז״ל דאפילו בשעת ההלואה בעי קנין

איברא דמדברי הרב ז״ל בב״י ח״מ סימן ע״א שהביא דברי רבינו ירוחם שכתב בשם הרי״ף ז״ל דבעי קנין על דברי הרמ״ה ז״ל מוכח דס״ל דהרי״ף והרמ״ה ז״ל אמרו דבר אחד ושיהו דברי הרב בעל הטורים ז״ל מוכיחין דהרי״ף והרמ״ה פליגי דלהרי״ף אפי׳ בשעת ההלואה בעי קנין ולהרמ״ה ז״ל לא בעי קנין שהרי בסימן ע״א בהלכות נאמנות כתב דברי הרמ״ה ז״ל לפסק הלכה בלי שום חולק ובסימן כ״ב כתב דברי הרא״ש ז״ל שלכאורה נראין דפליגי על הרמ״ה ז״ל ואם נאמר דדעת הרי״ף ז״ל דאפילו בשעת ההלואה בעי קנין ניחא דהרא״ש ז״ל חלק על הרי״ף במה שאמר דבשעת ההלואה בעי קנין וכתב הוא ז״ל ולא בעי קנין כסברת הרמ״ה ז״ל וכבה״ג איירי ההוא עובדא דשבועות ואף ע״פ שעל דברי הרמ״ה כתב וא״א דמשמע דפליגי בדחוק עצמינו לומר דאין כונתו לומר דפליג אלא וא״א כתב על דברי הרי״ף ז״ל כדברי הרמ״ה ז״ל אבל אם נאמר שדעת הרי״ף ז״ל כדעת הרמ״ה ז״ל ואף על זה פקח הרא״ש ז״ל עיניו וחלק על דבריו הרב בעל הטורים ז״ל סותר את עצמו דבסימן כ״ב נראה שתופס סברת הרא״ש ובסימן ע״א תפס ס׳ הרמ״ה ז״ל ואלא ודאי צריך לומר כדכתבינן ומאחר שהוכחנו דדעת הרב בעל הטורים ורבינו ירוחם ז״ל דדעת הרי״ף ז״ל דאפי׳ בשעת הלואה בעי קנין א״כ ה״ל רבים העומדים בסברא זו דבעינן קנין על הנאמנות ויכול המוחזק לומר קים לי כהנך רבוותא דסברי דבעינן קנין על הנאמנות ולא הוצרכנו לכל זה אלא בהנחה שכשהפוסקים כותבים י״א הוי סברא יחידאה ואין המוחזק יכול לטעון עליה כמ״ש מהרש״ך ז״ל בח״א סימן קע״א ומהר״י הלוי ז״ל שכתב בתשו׳ אין לומר דכשהפוסקי׳ אומרים י״א דהוו רבים ולפחות שנים דאם אמרי׳ די״א הוי שני׳ אין אנו צריכי׳ לזה (הג״ה אחר זמן מצאתי בתשובה כ״י להרא״ר״ב ז״ל סימן ת״ט ובכר נדפסו תשובות הרב ז״ל והיא נ״כ בדפוס סימן ת״ט כת׳ די״א תרי משמע ויכול המוחזק לומר קים לי וכתבתי בספ׳ כנה״ג חלק ח״מ סימן כ״ה בכללי הקים לי בהגהת ב״י אות כ״ב דנ״ל דכל המחלוקת הזה הוא כשהוא כתוב בראשי תיבות י״א שיכול להתפרש יש אומרים וכ״ש כשכתוב בפירוש י״א אבל אם כתוב בפירוש יש מי שאומר לכ״ע יחידאה׳ היא וכן כתבתי בתשו׳ אחרת ועיין מ״ש בספר כנה״ג חלק הנז׳ סימן ע״א בהגהת ב״י אות ה׳ ע״כ ההגה״ה) ובנ״ד ודאי לא היה קנין מכל וכל כ״ש על הנאמנות דאע״ג דבשט׳ כתוב וקנינא וכו׳ כיון דלא חתמו עדים אכן שהדי שלא נטלו ממנו קנין אלא שכתבו כן לכשיחתמו העדים שיקנו ממנו שכן דרך העולם בשעת חתימת העדים לוקחים קנין וכבר העיד על זה הרא״ש ז״ל בתשובותיו סי׳ע״ב כמו שיבא לפנינו בס״ד

ואע״פ שאם שלקחו ממנו קנין ונטרפה שטה ולא חתמו אם הוא יטעון שלא לקחו קנין על הנאמנות נאמן ואפי׳ אם בשטר יהיה מפורש שלקחו קנין על הנאמנות אם יטעון אמת הוא שחתמתי אבל לא לקחתי קנין נאמן שאם אפי׳ בשבועה אם יש לו מגו או יתן אמתלא לדבריו נאמן לומר חתמתי אבל לא נשבעתי אפי׳ שבעל דינו מכחישו כמו שבא הדבר מבואר בתשובות הרא״ש ז״ל סי׳ הנ׳ ובמהריב״ל ס״א כלל ו׳ סימן ת״א ומהר״ת מטראני ז״ל ח״ב סימן ע״ו ומשפטי שמואל סימן קכ״ט ומהר״ק ז״ל הובאה במוהר״ם מפדוה סימן הנז׳ וכן נראה מדברי מהר״י אורבי ז״ל סימן ס״ח וקמ״ו (הגה״ה ובספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סי׳ פ״ג בהגהת ב״י אות י״ב כתבתי שכ״כ מורי הרב ז״ל בחלק י״ף סימן כ״א והרא״ר״ב ז״ל בתשובה כ״י ע״כ ההגה״ה) ואע״ם שמדברי הרא״ש בסי׳ הנז׳ נר׳ דהטעם שפטרו בנ״ד אפילו אם מכחישו הוא מפני שעשאו ראובן להטעותו כו׳ כמו שתכולר שם

הנה הרא״ש גופיה תבריה לגזיזיה וכתב בסוף דבריו ועוד כיון דהמנהג לכתוב ונשבע וקנה ופעמים רבות אין שם שבועה ולא קנין בפועל ראוי להאמינו כשאומר לא נשבעתי כו׳ וזה מורה דאף בלא מגו ובלא אמתלא אף שלא עשה השטר להטעותו נאמן לומר לא נשבעתי והכא נמי בנ״ד נאמן לומר לא לקחתי קנין ועיין בת״י סימן י׳ ואע״פ שהרשד״ם ז״ל בחלק י״ד סימן כ׳ כתב להחמיר בזה כבר בסימן קי״א השכימה דעתו להתר והעיד שגם מהרי״ט הסכים להתיר וכמו שכבר כתב כל זה מהרש״ח ז״ל בסימן הנז׳ ועוד דאפי׳ בסימן כ׳ לא החמיר אלא בכתב ידו וע״א דהוו כשני עדים אבל בכתב ידו להודיה נאמן וכמו שכתב הוא ז״ל שם ועוד אפשר דלאיסורא חש להחמיר אבל לענין ממונא יקל כסברת הרא״ש ז״ל וכמו שנראה מת שובת הר״י בן מיגאש שהביא בסוף דבריו

איברא שהרשב״א ז״ל בתשובה הביאה הרא״ש ז״ל ות״י והרשד״ם ז״ל בסימן הנז׳ כתב דאפי׳ לממון אינו נאמן וכן נראה מכללות דברי מהרש״ך ז״ל ח״א סימן קע״ב ומהר״ר בצלאל סימן כ״ה וגדולה מזו כתוב בת״ה סימן שכ״ו דאפי׳ דאינו מכחישו בעל דינו דוקא לענין שבועה לא מחייב ב״ר להזהירו אבל לענין דינא כו׳ (הגה״ה בספר כנסת הגדולה חלק הנז׳ סימן הנז׳ אות הנז׳ כתבתי דפליגי בה מהר״ת מפדוה ז״ל בסימן ז׳ בפי׳ דבך תשובה עם מהרר״ק ז״ל ולפי פירוש הר״ס מפדוה ז״ל יוצא כשחבירו מכחישו בין בשבועה בין בהודאת ממון אינו נאמן ולפי׳ מהר״ק ז״ל לענין שבועה אפי׳ כשחבירו מכחישו נאמן ולענין ממון כשחבירו מכחישו יש להסתפק ע״כ הגהה)

ושיהו אע״פ שהרשב״א ז״ל וסיעתו יחלקו בענין שהוגא מלי המוחזק לומר קים ליה כהרא״ש וסיעתו ז״ל דנאמן לומר חתמתי אבל לא נשבעתי וה״ה דמצי לאימר בנ״ד חתמתי אבל לא לקחתי קנין אבל מצאתי למהר״ם מטראני בח״ג סי׳ ע״ו כתב דשטר דכתוב בו קנין אם הקנין אינו מעלה ולא מעלה לענין דינא דרב׳ נחמן אע״פ שנע״ד מכחיש אבל בקנין דאיכא דררא דממונא אינו נאמן ויראה דאפי׳ למ״ד דאינו נאמן לומר חתמתי אבל לא נטלתי קנין נאמן לומר שפטרו מהנאמנות כמו שכתב מהר״ר בצלאל ז״ל סי׳כ״ה אפי׳ בעדים מעידים אותו

אבל הלין טעמי נראה דנאמן הלוה לומר פרעתי כדין כתב שלא בנאמנות דנאמן לומר פרעתי דאע״ג דאיכא פלוגתא דרבוותא בהא דאיכא מ״ד שאינו נאמן לומר פרעתי ורבים וגדולים עומדים בסברא זו כמבואר בב״י ח״מ סימן ס״ט מ״מ כלל גדול בידינו כל״מ המוציא מחבירו עליו הראיה כ״ש שבדבר זה נהוג עלמא וכולהו דייני הכי דייני דנאמן לומר פרעתי כמ״ש מהר״א ששון ז״ל בסימן כ״ה אלא שראיתי לו ז״ל גם שכתב שהוא נאמן במה שאומר שהיה שום מגו דאי בעי אמר פרעתי דאע״ג דאיכא פלוגתא דרבוות׳ אם בכתב יד נאמן לומר פרעתי מ״מ זה הנתבע מצי למימר קים לי כו׳ ע״כ ותימה שבסימן כ״ו כתב כבר בארתי במקום אחר דלא אמרינן מגו במקום שהוא מחלוקת וצריך לומר קים לי ע״כ וכן דעת הרדב״ז ז״ל הובאו דבריו בתשו׳ מהר״ם

מטראני ג

מפראגי ז"ל ח"מ סימן רכ"ט ומאחר דס"ל ז"ל דאין אומרי' מגו במקום שהוא מחלוקת איך הקליט. בשן המאחר דמכי למימר אנוס הייתי במגו דפרעתי אע"ג דבמחלוקת היא שנויה וכ"ע

מעתה · דמילתא דפשיטא יכול לומר פרעתי ומי שאומר אמת יכחנו בדרך אמת הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן מ׳

איזמיר ליפים נביר נבון ומעולה כמה"ר משה אלגראנאטי נר"ו הת"ל

שאלה

ילמדינו רבינו ראובן שהוא במדינת הים נושא לשמעון בשטר וראובן יש לו ביד לוי מיני סחורה ובא שמעון בעל השטר והוליך ללוי לדין תורה בעבור הסחורה שיש לו מראובן והשיג בדין וכתב לוי לראובן שהוליכו לדין תורה ועיכב הסחורה בידו וכ' ראובן לשמעון אמת שאני חייב לו אבל אינו כ"כ מעות כמו שאומר והסחורות שהיו ביד לוי מכרם ליהודה בשטר לזמן ושמעון נושא ליהודה ובא שמעון ונשבע בב"ד בנק"ח שהחוב הוא סך כך. ואומר שמעון ליהודה אתה לקחת מהסחורות שיש ביד לוי שלהם של ראובן תן לי המעות אמר יהודה לשמעון תן השטר שיש לי ביד לוי שאני נושא לו שאינו רוצה ליתנו לי ובא שמעון לב"ד ואמרו ב"ד ליהודה שיהנו לו שובר בשביל החוב שנושה לו שמעון ויתן מעות הסחורות לשמעון יורינו מורינו אם יועיל ליהודה בשובר שנותנין לו ב"ד ויתן המעות לשמעון או אם צריך לוי ליתן השטר שבידו ושכמ"ה

תשובה

מילתא דפשיטא היא דמהני ליהודה שובר שנותנין לו ב"ד דלא יהו אלא עדים שמעידים שפרעו נאמנים וכ"ש ב"ד ואם כיון המואל שיש נאמנות בשטר כשני עדים כשרים אי שובר שבידו מב"ד אי מהני או לא הא נמי מילתא דפשיטא היא שלא התנה שלא יהיו נאמנים אלא על עדים לא על ב"ד וכמ"ש הטור ח"מ סימן ע"א בשם הר' ישעיה ז"ל ואם כונת השואל שהתנה עמו שיהא נאמן אפי' כנגד ב"ד בזה יש לדון ודעתי נוטה דלא מהני השובר שבידו דאע"ג דשובר מהני לנאמנות וכמ"ש הטור ח"מ סימן ע"א ה"מ שובר שמיד המלוה עצמו אבל שובר שמיד ב"ד מה יועיל לו כיון שהתנה עמו שיהא נאמן אפי' כנגד ב"ד וזה פשוט בעיני ולא היה צורך לכתבו אלא שלהפגרת השואל כתבתיו הנראה לע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן מ״א

איזמיר התי"ח לנביר הר' חיים פיגיא יצ"ו ולגבירי ק"ק פורטוגאל יע"א

שאלה

יורינו מורינו ורבינו הרב יעקב די"ל מונטי תושב אמשטרדם נושא בו לראובן תושב איזמיר סך מעות וזה יעקב די"ל מונטי יש לו פ'אטורים פה איזמיר ששולח להם סחורו' למכרם בשבילו כדרך הפ'אטורים ויהי כשמוע ראובן שהיו מסחורות יעקב די"ל מונטי ביד הפ'אטורים שלו הלך לב"ד לעכב הסחורות ביד הפ' אטורים עד שיעמדו לדין וכן עשה הרב המרביץ תורה שלח בעד הפ'אטורים ושאל להם אם יש להם מסחור' יעקב די"ל מונטי והודו שיש להם בידם סחורות שלו והרב המרביץ תורה עכבם בידו לא עברו כ"ד שעות שבאו הפ'אטורים ואמרו לרב המרביץ תורה שטעו בהודאתם שחשבו שהיה בידם הסחורות יעקב די"ל מונטי ואינו כן אלא הם מאחרים שאמות אחרים כתובים עליהם ושבאו מאמשטרדם אף שבאו ע"י יעקב הנז' הסחורות נשלחו בשם אחרים והרב המרביץ תורה התיר העיכוב ונתן רשות לפ'אטורים שישלחום ליעקב די"ל מונטי כשמוע ראובן דבר זה הלוך ילך אצל המרביץ תורה ושאל לו למה עשה כדברים האלה ולא שוה יורינו מורינו אם נאמנים הפ'אטורים לומר שהם של אחרים אחרי שהודו כבר שהם של יעקב די"ל מונטי ושכמ"ה

תשובה

דין עמק כיש דגופא דעובדא מוכח שכל פונו' שהר' יעקב די"ל מונטי כונה לעשות הונאה בנכסי היתומה שראובן הוא אפוטרופוס שלה וישם להם בתים לברחים ונוקב שם אחרים על נכסיו להציל ע"י הדחק רוחקא דלבורא לעכב הנכסים בשביל תביעת ראובן יאמר כי הוא זה ממון של אחרי' ואין לי חלק בהם גם הפ' אטורים שנכסי הר' יעקב בידיהם כעת גלוי וצפוי שקר תרמיתם ואיהו ידעי בחיליה כי החיל הזה הם מיעקב די"ל מונטי וידי אחרי' ממולקות מהם וכדי להטיב להר' יעקב די"ל מונטי חזרו תגרי גול ואמרו שטעו בהודאתם ואין לך דין מרומה גדול מזה ואיתא בפרק שבועת העדות דדין מרומה אין לדונו כלל דכתיב מדבר שקר תרחק וכבר חילקו התוס' ז"ל בפרק א' דיני ממונות בין כשידוע כו"אי שהוא דין מרומה לכשאין ידוע שהוא מרומה והרא"ש ז"ל כתב בשם רבינו מאיר ז"ל כשהנתבע טוען בראות אין לדונו כלל אבל כשהנתבע טוען ברמאות יעשה דרישה וחקירה לבטל רמאותו ויראה דהתוס' ומהר"ם ז"ל לא פליגי דמ"ש דכשיודעים שהוא דין מרומה אין לדונו כלל בתובע מיירי ולא בנתבע והשתא בנדון דידן שנתעכבו הנכסים ביד הפ'אטורים ע"פי גזרת הרב המרביץ תורה הבא להוציא מאותו עיכוב תובע מקרי ואין לדונו כלל ונכסי היכא דקיימי מעוכבים תיקום ואפי' תימא דנתבע מיקרי ומחוייב הדיין לדונו הא ודאי מכח אומדנא טובא הדברים מראים בבירור שהנכסים הם של יעקב די"ל מונטי ויש לעכבם ביד הפ'אטורים עד יחדיו למשפט יקרבו בדינא ודייכא כדמוכח בפרק מי שמת ובלוכתי טובא דאזלינן בתר אמדנא דמוכחי וכבר האריך הרא"ש ז"ל בתשובותיו הביאם הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ס"ה וכ"ט והרב ז"ל שם בב"י בסי' ט"ו לבטל עלת המערימים וכתב שיש לנו ללכת אחר האמדנא כמו שהלכו חכמים בתר אמדנא וכ"כ הרבני' הגדולי' מהר"ם אלשיקאר ז"ל בסי' קי"ו ומהרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' ש"ד ושל"ו וש"ם ומהר"י אדרבי ז"ל בסי' רמ"ב ומהר"ש גאלאנטי ז"ל בסימן כ"ו ומהר"א ששון ז"ל בסימן פ"ב ומהר"ש יונה ז"ל בתשובה סימן מ' ומהר"מ אלשקאר ז"ל בסי' הנז' הביא בשם רבינו האיי גאון ז"ל והרשב"ץ ז"ל שגם הם סוברי' דבד"מ אזלינן בתר אמדנא ואף אם יש חולקי' המעיין · ראה דלא חלקו אלא להוציא ממון אבל להחזיק מהני האמדנא ונדון דידן אע"ג דנימא דלא הוי להחזיק כיון שאינו להוציא אלא עיכוב בעלמא כלהחזיק דמי ואפי' דבעלמא עיכוב לא מיקרי להחזי' בנדון הלז שכבר נתעכבו הנכסי' ביד הפ'אטורי' ע"י גזרת החכם המרביץ תורה להחזיק מיקרי ומה גם בדין מרומה כזה

ומה · שהאריך בזה והגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש קכ"ט שהוא מהסוברים דלא אזלינן בתר אמדנא בד"מ איהו גופיה כתב בשרש י"ד שביד הדיין לפעמים לעשות דבר יראה כנגד היושר אם יראה לו שהבעל דין לוחה או מרמה דבר זה תלוי ביד ב"ד רק שיעשה לש"ש ע"כ ועין כל היושר הולך יראה. שבנדון שלפנינו בעל הנכסים ומי שנשתלחו אליהם מחזיקי מרמה בידם כמו שאבאר והבע"הת בכתביו סימן ר"ס אע"פ שהוא מהסוברים דלא מפקינן אמדנא מחמ' אמתנות

ברא ותו

שהוציאו מחמת אמרנא שאשה אחת היתה רוצה לגזול לת"ח גזר עליה שלא תשא וגזר על אחרים שלא ישאו לה עד שתעמוד לדין עם החכם הנז'

מעתה לא נלמד בנדון שלפנינו דליכא אמרנא דמוכח דיעקב די"ל מונטי לעשוק אשר שראוי לגזור שלא יוציאו הממון מידיהם עד יעמדו לדין וכ"כ בספר התשבה סימן ס"ז ואם נראה לב"ד שאחד גוזל לחבירו ולא יוכלו להוציא בדין יכולין לגזור על שאר בני אדם שלא ישאו ויתנו עמו ע"כ וכי תימא לגזור שלא ישאו ויתנו עמו יכולין אבל לעכב ממון אחרים בשבילו אינם יכולים איכא למימר דאי ידעינן בודאי שהנכסים הם של אחרים או אפי' ספק הא ודאי לא יוכלו לעכבם אבל כשהדברים מוכיחים מחמת האמדנות שהנכסים הם שלו וכתב שם אחרים להבריחם יכולים לעכב עד הי שהם עד יעמדו לדין ומי שעיינו בראשו יראה שבנדון כזה איכא אמדני דמוכחי טובא יותר מתשו' הרא"ש ז"ל כלל ע"ט סימן ה' והביאה הר"ב הטורים ז"ל בח"מ סימן ב"ט ס"ך השתא ומה בנדון הרא"ש ז"ל שהיה כותב שם אחרים עליהם ולא שעו דן הרא"ש ז"ל דמחמת האמדנא שהיה מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו שהנכסים הם שלו בנ"ד שמעולם לא כתבם על שם אחרים לבדם אלא בשתוף ביניהם וכותב יעקב די"ל מונטי כור אברהם ויצחק די"ל מונטי שזו הוכחה שיעקב די"ל מונטי לא רצה להעלי' שמו מכל וכל מפחד שלא יחזיקו אברהם ויצחק די"ל מונטי בממונו ויאמרו משלנו הוא ודמי למאי דכתב הרא"ש באותה תשוב' דהשטר שעשה לבנו בשטר כפולו' ונשא' בידו והתנאי שהתנה שלא יועיל העתק ממונו ולא עדות העדי' על הקנין מוכיח דלהבריחה נתכוון ולא גמר להקנו' ולפיכ' רצה שישא השטר בידו ולא יועיל העתק ועדות עדים על הקנין

איברא שיש מקום לחלק ולומר דבשלמא בנדון הרא"ש ז"ל שכתב כל נכסיו לאחרים כל שהוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומרויח בהם אמלתא דמוכח דלהבריח נתכוון אבל בנדון הלז שלא החליט הממון לאחד לבד אלא שכותב יעקב די"ל מונטי כור אברהם ויצחק מפני שהוא נושא ונותן בהם ליכא אמדנא שהוא הבריחה דאיכא למימר דיעקב ויצחק נתנו לו הנכסים להתעסק בהם והוא המוליך והמביא ולכך כותב יעקב די"ל מונטי כור אברהם ויצחק ומ"מ הדברי' ניכרי' בנדון שלנו שיש כאן הברח' ומה גם בשנותו את שמו בלי חולי שלפעמי' קורא שמו יעק' די"ל מונטי ולפעמי' יעק' די"ל שאנטי ולפעמי' יעק' ואנדיגבורג כמו שמוכי' מב"ד הצדק של ליוורני יע"א הנה לא ערכתי מספ' מטע' אמדנ' האמנ' בחזי אנן מחמת הדין הגמור היכי לדיינו דייני להאי דיכא ונראה לע"ד דאף מחמת הדין הגמור יעקב די"ל מונטי אך לשקר שמר והעלה חרם בידו ויכולין ב"ד הצדק שבאיזמיר לעכב הממון ביד המופקדים ביהם ואינו נאמן יעקב די"ל מונטי לומר שאינם שלו גם הפיאטורים אינם יכולים לומר טעינו בהודאתינו

ומנא אמינא לה מהא דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות מלוה סוף בבא דלי"ת טען הלוה שמטלטלין אלו שבידו אינם שלי אלא פקדון הם בידי או שכורין או שאולין הם בידי אין שומעין לו עד שיביא ראיה וכן הורו רבותי ע"כ וכ"כ בספר הטורים חלק ח"מ סימן צ"ט וכ"כ הרב המגיד ז"ל בפ"א מהלכו' מלוה ולכולהו תירוצי שכתב שם אינו נאמן יעקב די"ל מונטי לומר שלאחרים הוא לתירוץ ראשון דאין אומרים מגו במקום שאין הטענות שוות גם כאן ליכא מגו דאי בעי לותבן דאם היה נותנן לא היה מחוייב מקבל מתנה להחזירם ולתירוץ הרמב"ם ז"ל ג"כ אינו נאמן מטעם החזקה

וראיתי להרב בעל התשבה בח"מ סימן צ"ט ס"א כתב שיש חולקים בדין זה דהרמב"ם והרמב"ן ז"ל וציין על זה הרא"ש כלל ע"ט סימן י"א והרשב"א ז"ל שכתב ג"י ס"פ ת"ו ויראה שמכוין הרב ז"ל אל תשובת הרשב"א שכתב הרב בס"ם ת"ו על ראובן שהודה בכתוב ידו לשמואל אכת' כמוף התשובה אבל אם לא כתב לו מטלטלי אגב מקרקעי נאמן על המטלטלין שאלו רצה זה להוציאם מהשעבוד השתו להם לו לשקר הרי יכול ליתנם לזה עכשיו או למכרם לו ע"כ דמתשובה זו מוכח דנאמן במגו ולא אמרינן חזקה כל מה שיש בידו הוא שלו ולא מהימן אפי' במגו ולכאורה נר' שתשו' זו סותרת לתשובה שהביא הרב ז"ל בח"מ סימן ל"א מתורש א' ובסימן ר"ן מחודשין כ' עמדתי עליהם בספר כנה"ג חלק ח"מ סי' ר"ן בהגהת ב"י אות

והעליתי בישוב דתשובת אלף ת"ו ותשובה שהביא הרב ב"י ז"ל בסימן ר"ן מיירי כשאחר שנשא אשה או נתחייב לב"ח הודה בשעת מיתה או על כה או בשטר שיש לו פקדון משמעון ולכן אפי' אית ליה מגו אינו נאמן דאינו מגו טוב דהוי מגו במקום חזקה וכדעת הרמב"ן ז"ל שהביא ה"ה ז"ל בהלכות טוען פ"א דאחר שתבעוהו בחובו אינו נאמן לומר על מה שיש בידו שהוא של אחרים כחזקה שהוא שלו ומגו במקום חזקה לא אמרינן ואע"פ שנראה מדברי הרמב"ן ז"ל דוקא אחר שתבעו ב"ח בחובו הרשב"א ז"ל ס"ל דכל שקדם החוב כתבעו בחובו דמי וכמו שנא' הדבר מבואר בתשובתו שהביא הרב ז"ל בב"י סימן ל"א אבל בתשו' שהביא בסימן ת"ו והיא התשובה שהביא הרב בב"י א"ה סימן ק' אין ידוע אם ההודאה קדמה לחוב או החוב קודם להודאה וכיון שאין ידוע לנו משתיין שנאמר דוקא בזכתב לו מטלטלי אגב מקרקעי דליכא שנו נכסים בחזקת האלמנה אבל בדלא כתב לה מטלטלי אגב מקרקעי דאיכא מגו. אע"ג דאין זה מגו טוב כשקדמה החוב להודאה כשיש ספק בדבר מוקמינן נכסי בחזקת בעל המגו

וכיון שזכינו לדין זה שגם הרשב"א ז"ל מודה להרמב"ן ז"ל דבמקום חזקה דכל מה שיש ביד האדם הוא שלו ואינו נאמן במגו אחר מעתה שבנדון שלפנינו אף לדברי הרשב"א ז"ל אינו נאמן כיון שקדם החוב להודאה ואפילו לדעת הרמב"ן ז"ל דבעינן תבעוהו בחובו בנדון הלז כבר תבעוהו בחובו ולא רצה לעמוד בדינא ודיינא כמו שבא מליוורני מב"ד הצדק אשר גם תו לא מהימן לומ' של אחרי' הם ואפי' לדעת הרב בעל התשבה ז"ל דחולק הרשב"א ז"ל וסובר דלאמן מטעם מגו הא ודאי הרשב"א ז"ל הוא יחיד בדבר הזה ולא קי"ל כותיה במקום כל הני רבוותא ועוד שמצינו לו תשובות סותרות לזה וכמה שכתוב בספר גדולי תרומה בדף ל"ו אסבר דאפי' לדעת הרשב"א ז"ל בכה"ג שלנו אינו נאמן ע"ש מה גם שכ"כ הרב בעל התשבה ז"ל שהרא"ש ז"ל בכלל ע"ט סימן י"א חולק על הרמב"ם והרמב"ן ז"ל תמיה לי שהרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הרב בעל הטורים ז"ל בחלק ח"מ סימן צ"ט סי"ח נשאל על ראובן שנתן חפץ לשמעון למכור ובא לוי ב"ח של שמעון ולקחו בחובו ובא ראובן ותבעו מלוי ואמר שלו הוא ואין לו עדים שנתנו ביד שמעון והשיב אם לקח לוי מיד שמעון ב"ח חפץ הידוע לראובן לאו כל כמיניה וצריך להחזירו לראובן אבל אם אין ידוע בודאי דשל ראובן הוא לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ואף אם שמעון מודה לו כי כל הנמצא בבית האדם אנו מחזיקים שהוא שלו עד שיתברר בעדים שאינו שלו והודאת שמעון לגבי ראובן אינה כלום ע"כ

הנה דעת הרא"ש ז"ל מבואר דאינו נאמן מטעם חזקה וכן דעת הרשב"א בתשובה הובאה בטור ח"מ סי'

ע״ב מחודשין כ״ז ובספר כנה״ג חלק ח״מ סימן ע״ה בהגהת ב״י אות ע״ז כתבתי בזה ע״ש ואפשר לחלק ולומר דע״כ לא קאמרי הכי רבוותא דאין צריך להחזיר לראובן אלא כשהוא תפוש בחפץ או במעות אבל כשאינו תפוש בחפץ או במעות אין מוציאין מיד הנפקד בטענה זו ומ״מ אינו יוצא מידי מחלוקת דלדעת הרמב״ם והרמב״ן והרשב״א ז״ל והרב בעל הטורים אפי׳ נכסים ביד הנפקד אינו נאמן לומ׳ של אחרים הם וקשיא לי על הרב בעל הטורים ז״ל איך סתם דבריו דלא כאביו הרא״ש ז״ל שכתב סברת הרמב״ם ז״ל בסתם ואולי הרב בעל הטורים ז״ל איירי כשאין לו מגו ודוחק •

ואחרי הודיע אלהים אותנו שהלכה זו במחלוקת היא שנויה בנדון שלפנינו שהדברים ברורי׳ מחמת האומר שהנכסים הם של יעקב די״ל מונטי אינו נאמן לומר של אחרים הם ועוד אני אומר דלא כתב הרא״ש ז״ל דנאמן אלא דוקא באומר של אחרים הם ואין הוכחה שהם שלו אלא ממה שהם בידו אבל בנדון שלנו שמו מוכיח עליו שאומר די יעקב די״ל מונטי בור אברהם ויצחק די״ל מונטי זו הוכחה שהברחה גמורה היא ואינו נאמן ומחוורת׳ דמילתא דכיון דנכסים הללו נתעכבו ביד הפיאטורים ע״פ המרבין תורה הרי הוא כבא להוציא וכ״ע מודו דאינו נאמן כל שאין המעכב מודה שנכסים הללו הן של אברהם ויצחק די״ל מונטי הם כל זה כתבתי בהנחה שיש מי שעומד בסברת הרא״ש ז״ל אבל אם לא נמצא פוסק בפירוש שסובר כסברת הרא״ש ז״ל ה״ל הרא״ש ז״ל יחיד בסברא זו ואין המוחזק יכול לומ׳ קים לי כוותיה כ״ש בנכסים העומדים ביד שליש ושמא תאמר דיש לחלק עוד אפי׳ לדעת הרמב״ם ז״ל וסיעתו ז״ל דוקא כשבאו הנכסים תחת ידו ואמר של פ׳ הם אינו נאמן אבל אם מעיקרא כשנראו הנכסים בידו נראו בשם אחר נאמן וזה הבל ואין טעם לחלק בזה דכיון דטעם הדבר שאינו נאמן הוא משום חזקה כל מה שבביתו הוא שלו מה לי שאמר כן אחרי הראותו מה לי שאמר כן בשעת ראיית נכסים וק״ל

אמנם מה שראוי לספק בזה מ״ש מהר״י הלוי ז״ל בסימן ע״ז דע״כ לא קאמר הרא״ש ז״ל בתשו׳ שהביא הר״ב הטורי׳ בסי׳ ת״ט דלא מהני הודאתו של דוקא גבי חפץ או מעות משום דאמן סהדי דכל החפצים והמעות שהן בביתו של אדם הם שלו עד שיתברר בעדים שאינם שלו אבל בעיסקא וסחורה לא שייך חזקה זו דכל העיסקא הנמצאת בביתו של אדם יהיה הכל שלו משום דרגילות הוא להיות בביתו של אדם עסקים וסחורות של חבירו ואע״ג דלא ידעינן לאותו פ׳ שיהיה לו עיסקא ביד זה ע״כ ואם בכ״ד שהוא עיסקיה נאמן לומ׳ של פ׳ הם • ובמחילה רבה לא כדק בזה ולא דקדק בדברי הרא״ש ז״ל כל הצורך דמלבד דהן לו יהיה כדבריו אין זה אלא לסברת הרא״ש ז״ל שכתב כל הנמצא בבית הא׳ אבל הרמב״ם והרמב״ן והרשב״א והר׳ בעל הטורי׳ ז״ל שלא כתבו כל הנמצא בבית האדם אלא כתבו כל הנמצא בידו חזקה שאינו של אחרי׳ הא ודאי לדידהו אפי׳ על עיסק׳ אינו נאמן וכן כתב הרמב״ם ז״ל בפירוש בפ״ב ואמר של אחרים הוא או עסק הוא בידי אין שומעין לו ואע״פ שאפשר לפרש דדוקא במעות אינו נאמן לומר של אחרים או עסק בידי הם פשטן של דברים מוכח דאפי׳ בעסק אינו נאמן מדלא ביאר דבעסק נאמן וכן מבואר מדברי הסמ״ע סימן כ״ט אות ז׳ וכיון דאין חילוק זה אלא לדעת הרא״ש ז״ל חזרנו על הראשונות דהרא״ש ז״ל הוא יחיד בדבר הזה ובחילוק הזה ואין המוחזק יכול לומר קים לי כוותיה עוד אחרת יש דהמדקדק בתשובת הרא״ש ז״ל יראה שאין הדברים במו שמבין מהר״י הלוי ז״ל דבעיסקא נאמן אע״ג דלא ידעינן לאותו פ׳ שיהיה לו עסקא ביד זה שלא כתב הרא״ש דבעסק׳ נאמן אלא דוקא בדידעינן שיש לאותו פ׳ עסק בידו אבל בדלא ידעינן שיש לאותו פ׳ עסק בידו אפי׳ בעסקא אינו נאמן שכן כתב הרא״ש ז״ל ואפי׳ יש לו מעות מוכנים אין יכול לומר של פ׳ הם כל זמן שלא באו לידו ודאי אם היה לו עסקא בידו נאמן לומר אלו מעסק פ׳ של פ׳ במגו כו׳ דבריו אלו מוכיחין בבירור דדוקא אם היה לו לזה שאומר שהם שלו עסקא בידו נאמן לומר אלו מעסק של פ׳ אפי׳ מעות אבל כל שאין בידו עסק מפ׳ אפי׳ על עסקא אינו נאמן לומ׳ שאינו שלו והכלל דהכל תלוי בהיות בידו עסק של פ׳ או אין לו דאם יש לו אפי׳ במעות נאמן ואם אין לו אפי׳ בעיסקא אינו נאמן דאם כדעת מהר״י הלוי ז״ל דהחילוק הוא בין מעות לעיסקא דאם הם מעות אפי׳ יש לו עסקא מאחרים אינו נאמן ואם הוא עיסקא אפי׳ אין ידוע שיש לו נאמן היה לו לומר ודאי אם היה עיסקא נאמן לומר של פ׳ הם אבל באמרו ודאי אם היה לו עיסקא בידו נאמן לומר מעסק פ׳ מוכיח דה״ק אם היה לו לאותו פ׳ עיסקא בידו של זה שאומר שאינן שלו נאמן לומר שו מעסק של פ׳ הם אפי׳ מעות ואלו דברים ברורים הם לע״ד

וכן נראה מפורש מדברי הרב בעל המפה שעל דברי הרמב״ם שכתב הרב ז״ל בספר שקל״ר כתב כלשון הזה ואף ע״פי שיש לו מגו שיכול להחזירם או לומר להד״מ אינו נאמן דהוי מגו במקום חזקה דכל הנמצא ביד האדם בחזקת שהוא שלו ויש חולקים בזה הרא״ש והרשב״א ז״ל מיהו אם ידוע שיש לו עיסקא מאחרים נאמן לומר על מעות שבידו אלו מעסק פ׳ הם במגו שהיה נותנם לו ע״כ ואין דבריו מובנים אצלי דכיון דכבר אמר דיש חולקים בזה וכ׳ שהחולקי׳ בזה הם הרשב״א והרא״ש ז״ל מה זה שחזר וכתב מיהו אם ידוע כו׳ שנראה שאין לו מובן ועוד כיון דכתב דיש חולקים כלומר שסוברים שנאמן אינו צורך לומר מיהו כו׳ כמבואר למבין אלא ע״כ לומר חדא מתרתי או שמלת מיהו הוא ט״ס וכ״ל ויש חולקים אם ידוע שיש לו עיסקא וכאלו אמר ויש חולקים ואומרים שאם ידוע שיש לו עיסקא כו׳ וסובר הרב ז״ל דהסברא הראשונה חולקת וסוברת דאפי׳ אם ידוע שיש לו עיסקא אינו נאמן והרא״ש ז״ל סובר דאם ידוע שיש לו עיסקא נאמן או שצ״ל להגיה באופן זה ויש חולקי׳ תשובת הרשב״א ז״ל מיהו כו׳ תשובת הרא״ש ז״ל ולכולהו נוסחי לדעת הרא״ש ז״ל כשידוע שיש לו עיסקא נאמן אפי׳ על מעו׳ שבידו לומר מעסק של פ׳ הם אבל כשאין ידוע אפי׳ על עיסק׳ אינו נאמן אלא שכפי ההגה״ה הראשונה הסברא הראשונ׳ חולקת אפי׳ בידוע שיש לו עיסקא דאינו נאמן ולהגהה שניה לכ״ע נאמן וא״ת כשם שאם יש לו עיסקא של אחרים נאמן לומר על מעות שבידו מעסק של פ׳ הם מטעם מגו שאם היה נותנן לו מטעם מגו זה יהא נאמן אפי׳ אין ידוע שיש בידו עיסקא משל אחרים וי״ל דכשאין ידוע שיש לו עיסקא מאחרים הוי חזקה אלימתא דכל מה שבידו אינו של אחרים אבל כשידוע שיש לו עיסקא מאחרים כבר איבטילא חזקה שאנו רואין בידו מנכסי אחרים ותהימן במגו דמגו במקום חזקה שאינה חזקה אלימתא בעיא דלא איפשיטא בפרק השותפין וקי״ל דכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנתבע וכדכתבו הרי״ף והרא״ש וס״ה בשער י״ו והר׳ מהריב״ל ז״ל בס״ה דף קל״ג וס״ג סימן ע״ט ומורי הרב ז״ל בתשו׳ ח״מ סימן ע״ב והשתא דאתית להכי אמר מעתה בנדון שלפנינו אין שום חולק ולכ״ע אינו נאמן לומר על מה שבידו משל אחרים הוא דהרשב״א ז״ל שכתב בספר המפה שחולק על זה כבר הוכחתי דאינו והרא״ש ז״ל כבר כתבתי דלכל ההגהו׳

אינו

אינו חולק אלא כשידוע שיש לו עיסקא מאחרים אבל בנדון זה שאין ידוע שיש לו עיסקא מאחרים אלא ע"פי אינו נאמן

ומאחר שנתבאר שיעקב די"ל מונטי אינו נאמן על מחורני' אלו שהם מאחרים לא היה צורך להשיב אם הפיאטורים נאמנים לומר שטעו בהודאתם ראף אם נתן להם נאמנות יעקב די"ל מונטי אינו נאמן מ"מ להתלמד במקום אחר אומר אני דאינן נאמנין עיקרא דהאי מילתא בספ"ק דגיטין גבי טובדא דהנהו גינאי כו' שאמרו שם שקנין בטעו' הוא ואסכימו כולהו רכוותא רבנן קמאי ובתראי דכל שהודה בפני עדים אע"ג דאית ליה מגו דכרעתי אינו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי זולת בע"הת שסובר דנאמן ולית הלכתא כוותיה דה"ל יחיד לגבי כל הנך רכוותא כמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קכ"ו סי"א וכן פסק הר"ב המפה וכן היא הסכמת רוב גדולי האחרונים ז"ל כמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' קכ"ו בהגהת ב"י אות כ"ב ויראה דאפי' לדעת ס"הת בנדון שלנו אינם נאמנים דלא כתב בע"הת ז"ל דנאמן אלא במגו דפרעתי אבל בנ"ד שנתעכבו הנכסים ברשות'עד יעמדו למשפט דליכא מגו דהחזרתי לכ"ע אינם נאמנים לומר טעינו בהודאתינו ומהאי טעמא נמי לא דמי למ"ש בס' המישרים נט"ו ח"ד דנראה מדברי הרי"ף ז"ל דאפי' במעמד שלשתן נאמן לומר טעיתי אם לא היה שם קנין ומדברי הרא"ש ז"ל נראה דבמעמד שלשתן אפי' בלא קנין אינו נאמן לומר טעיתי אבל באדם שהודה לחבירו נאמן לומר טעיתי במגו דפרעתי דהתם לא מהימן אלא מטע' מגו כדקאמרי בפירוש מה שאין כן בנ"ד שאין כאן מגו כמ"ש

אך אמנם ראיתי לגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ס"ה דקדק מדברי הרא"ש ז"ל דכל שלא שעבד עצמו בפני עדים בקנין אפי' הודה בפני עדים נאמן בלא מגו ובדברי האחרוני' ז"ל יש מקום עיון הארכתי בהם בתשובה אחרת אשתירה פני מהם כעת לבר זה אומר דאפי' לדעת הגאון מהר"י קולון ז"ל לדעת הרא"ש דבמודה בלא שעבוד וקנין נאמן בלא מגו ואפי' כיתא דבב"ד איכא שום מגו לבע"הת נאמן הכא אינו נאמן כיון שהודה בפני ב"ד ומהר"י קולון ז"ל גופיה רש"ל דכל שלא שעבד עצמו בקנין בפני עדים יכול לומר טעיתי אפי' בלא מגו איהו גופיה כתב דכל שהודה בפני ב"ד אינו נאמן לומר טעיתי אפי' אית ליה מגו וכ"כ מהריב"ל ז"ל בס"א סי' כ"א וק"ג והרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סי'. ש"ב ותכ"ג ואם יטעון הטוען באולי כדון הרבנים הנז' היתה בפני ב"ד של ג' דאפי' הם הדיוטות ההודאה לפניהם כמודה לפני ב"ד וכן הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים הוחזק כפרן אבל יחיד מומחה אע"ג דיכול לדון יחידי אינו חשוב כ"ד להיות ההודאה בפניו כמודה בפני ב"ד וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה"ם ואף שהרא"ש ז"ל חלק עליו כמ"ש בספר הטורים ח"מ סי' ג' נקוט מהא דבנדון שלנו שהודה לפני החכם השלם המרביץ תורה לא תקרא הודא' בפני ב"ד חשוב משכהו לבית המדרש במש"ע שכתב דאפילו לדעת הרמב"ם ז"ל אם המחוהו רבים עליהם ההודאה בפניו הוי כמודה בפני ב"ד וכן מתבאר מדברי הרא"ש ז"ל ח"מ סי' כ"ד ע"ש

ולבי אומר לי דנדון שלנו לא דמי לנדון דהנהו גינאי ולא לנדון הרבנים הנז' דהתם הודה בדבר ואח"כ ראה שמה שהודה לא היה בידו אבל בנדון שלנו לא נתחדשה להם שום ידיעה דנכחש או כחש עתה ונכחש עתה כהם או דליכא למימר דבתחלה חשבו שהיו הנכסים שלהם ע"ש יעקב די"ל מונטי ועכשיו ראו שבאו ע"ש אחרים שאיך אפשר שכמה שנים שהיה להם עסק עם יעקב די"ל מונטי והיה חותם יעקב די"ל מונטי סור אברהם ויצחק ואע"פי כן אמרו שהם אלו ובוראי שאם טענתם היא זאת שבשהודו לפני ב"ד לא ידעו שהיה חותם כך הא ודאי פשיטא דלא מהימני לכ"ע ולא דמי לעובדא דגינאי והכמשך ממגו דהתם אפשר דבשעת ההודאה לא היה יודע דלא פש ליה מידי אבל הכא פשיטא שהיו יודעים שהיה חותם כן ואינם נאמנים לומר שטעו ואם טענתם לומר שלעולם היו יודעים שהיה חותם כך יעקב די"ל מונטי סור אברהם ויצחק אלא שטעו בדין וחשבו שאע"פי שהיה חותם כך הנכסים בחזקתו ואח"כ נתברר להם שאין הדין כן יש לדון שהם נאמנים מת"ם הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ך' בשם הר' לדקיה שכתב בשם רשב"ם דכל שהתובע טועה בדין בדבר שאפשר לו לטעות נאמן לומר הנתבע שטעה בדין וכ"כ מהר"ם איסרלאש ז"ל בתשובותיו סי' ע"ח ומורי הרב ז"ל ח"ח סי' ק"כ וזוגא דרבנן הובאו דבריהם בהרשד"ס חלק ח"מ סי' קי"ו והרשד"ס ז"ל עצמו שם ובשם הר' אבינדור כהן הביאו מהר"י קולון ז"ל שם דכל שהדעת נוטה שיכול לטעות יכול לטעון שטעה בדין ונראה מדבריו אפי' התובע לא טעה בדין וכן פסק מהר"ם אלש"יך ז"ל בסי' י"ד וכן מצאתי למהר"ם קאשטילאץ ז"ל בתשובה כ"י וכ"כ הרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סי' שכ"ח ומהריב"ל בס"ב סי' ע"ג כתב דבדאיכא רגלים לדבר שטעה נאמן לומר שטעה בדין ובדליכא רגלים לדבר אינו נאמן ומדברי מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' שכ"ח ומהרש"ך ז"ל ח"ג סי' מ"ו ומהרש"ח ז"ל סימן ל"ד ומהר"י הלוי ז"ל סי' ס"ו ומהרח"ש ומהר"ש הלוי בתשובותיו לח"מ סי' כ"ו למדנו דבכל מקום שאדם נאמן לומר שטעה בדין אפי' במקום שבועה מצי למטען הכי וכתבתי זה שאם באולי בנדון שלנו הודה בב"ד ע"פי החרם שאפ"ה נאמן לומר שטעה בדין

ויש לתמוה על מהרש"ח ומהרח"ש ומהר"י הלוי ז"ל שנראה מדבריהם שלא ראו תשובת הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ך' ותשובת מהריב"ל ז"ל וכיון שנתבאר שנאמן אים לומר שטעה בדין משכוני כפקין לומר דבנ"ד ליכא רגלים לדבר למה לן לית לן למימר שא שמלשון השאלה מוכח שאין טענתם זאת אלא שטעו בהודאתם שחשבו שהנכסים הם מיעקב די"ל מונטי ואח"כ ראו הכתבים ומצאו שהיה חותם יעקב די"ל מונטי סור אברהם ויצחק די"ל מונטי ובהא לכ"ע אינו נאמן אלא שכיונתי בדברי הגאון מהר"י קולון וראיתי דכל היכא שהדין נותן שיטעון שטועה היה בדין דנאמן ואפי' אי לא טעין איהו אנן טענינן ליה וכ"כ מורה אחד הובאו דבריו בהרשד"ס ז"ל סי' הנז' וכן מתבאר מדברי הרשד"ס ז"ל שם ומדברי מורה אחר שהובא שם. ואולי היינו דוקא כשאינו טוען בעל הדבר שום טענה אבל כשבטל הדבר טוען טענה אחרת כנדון שלפנינו לא טענינן ליה שטעה בדין מה שלא טען איהו ואפי' ניתא דאפ"ה טענינן ליה כנדון דידן אין צורך לזה דאפי' יהיו נאמנים לטעון כן הנכסים הם בחזקת יעקב די"ל מונטי אי מדינא אי מטעם אמינא כדכתבינן

וכיון דנתברר דמדינא יכולין לעכב נכסים אלו בשביל יעקב די"ל מונטי הדבר ברור שאפילו אם יהיה אמת שהנכסי' הם מאברהם ויצחק די"ל מונטי יכולין להתפרע מיעקב די"ל מונטי כמ"ש בס"הת בשער מ"ד הביאו הרב ז"ל בב"י בסי' ע"ו מחורשין א' בשנים שלוו ופרע אחד מהם כל החוב חוזר וגובה מחבירו וכ"כ הרא"ש ז"ל בכלל ע"ר סי' ה' הביא דבריו הרב ב"י ז"ל בסי' הנז' מחורשין ב' וכ"כ הרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סי' קע"ו ומהר"א ששון ז"ל סי' קע"ב ולא תימא דוקא התם דמן הדין חייב לפרוע אבל בנדון הלז שאין שום חיו' על אברהם ויצחק לפרוע חוב יעקב די"ל מונטי יהיה פטור שלשם דאה"נ אם זה פרע מדעתו בדבר שאינו מחוייב הוי

הוי פורע חובו של חבירו מדעתו אבל כיון שהם לא פרעו מדעתם אלא שמכח הדין נותן שב"ח יעקב דיל מונטי יהיה נפרע מאותם הגבסים חייב לשלם לו וכן מוכח מתשו' הרא"ש ז"ל הנז' שכתב דהא דאמרינן כורע חובו של חבירו הפסיד מעותיו היינו היכא למדעתו קם ופרע ולא היה מוכרח לכך בו' אלמא כל שהיה מוכרח לכך כנדון שלנו חייב לשלם ומה שסיים הרא"ש ז"ל אבל היכא שמתחלה נעשו אחראין וערבאין כו' לפי נדון שלו קאמר שהיה מוכרח במעשיו אבל אה"נ דאפי' היכא דמתחלה לא נעשה ערב או קבלן כל שלא פרע הוא מדעתו אלא שהוא מוכרח במעשיו חייב לשלם ומצאתי למורי הרב ז"ל בח"מ סי' קכ"ד הדבר מבואר שכתב שם דהא דאמרינן פורע חובו של חבירו שלא מדעתו שפטור מלשלם היינו דוקא מדעתו אבל אם נטלו ב"ח מתוך ביתו של נפקד והוא חוב ברור שאין לו טענה ליפטר מאותה תביעה חייב לשלם דלא שייך כאן למימר מפיים הוינא וכ"ד נמי דכוותא שנלקחו הסחורות מיד הפ'אטורים בכח ב"ד ה"ל כב"ח שתפש מתוך ביתו של נפקד ואולם איכא לעיוני דכל זה הוא דוקא בחוב ברור ובא להפרע ממנו וכמ"ש מורי הרב ז"ל אבל בנדון שלנו שאין כאן עיכוב נכסים עד שיעמדו לדין ואפשר שיעקב דיל מונטי יהא זכאי בדינו לא יתחייב לפרוע לאברהם ויכחק כל עוד שהנכסים ביד ב"ד עד יצא כנגה צדקו של ב"ח של יעקב דיל מונטי ואז יתחייב לפרוע ויהיה זה דומה למ"ש הרשב"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קע"ו דהפורע חובו של חבירו בשביל עלילה שהעלילו עליו כיון דמן הדין אינו חייב חבירו אינו חייב לפרו' וכעת אין בידי להכריע אמנם לעכב הנכסי' ביד הפ'אטורים עד יעמדו לדין יעקב דיל מונטי עם בעל דינו פשוט הוא אלי שיכולים לעכבם הן מצד הדין הן מצד האמנה וגם הפ'אטורים אינם נאמנים לומר שטעו בהודאתם הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן מ"ב

חתימה שחתמתי בקונט' על ספק הרה"ג ן' חביב נר"ו שנת התי"ט

ערבים עלי דברי דודים זה דודי חביב אלם שנברא בצלם אלהים לדון דין אמת לאמיתו דייכא דנחית לעמקא דדינא החכם הנעלה לתהלה ידיד נפשנו הפוסק נר"ו וקמי שמיא גליא כמה מתחפץ והתשוק' הנמרצת שומא היתה בלבי להתעלם באהבים ולהתבסם בדברות קדשו בכל היוצא מפיו ולשאת ולתת על כל דבור ודבור שיצא מפי החכם הפוסק נר"ו כי ראיתי בבנין בנה בנין אב בחכמה להכליק לדיק בדינו בטעמים מודקים ודברים המדוקדקים אבל מה אעשה ואבי שבשמים גזר עלי טלטולא דגברא קשה ואהיה מתהלך מעיר לעיר ומדינה למדינה על כן לא עמד טעמי בי והיא שעמדה לי לאחוז בדרך קצרה להסכים עם החכם הפוסק נר"ו יפה דן יפה הורה יפה זיכה לשמעון לפטרו בלא כלום מדררא דממונא ושבועת ה' תהיה בין שניה' אפרום כפי אל ה' החכם השלם הפוסק נר"ו יחי עוד לנצח ומתורתו יראנו נפלאות ויאחז צדיק ממקום קדוש כור ממנו חוצב מאין בא מטפה קדושה אבן הראשה זרח בחשך אור לישרים הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה •

סימן מ"ג

חתימה שחתמתי על ספר דרושים שחבר חכם אשכנזי שנת התי"ח כה אומר

הן כל אלה ראתה עיני אר"ש מטוהרה לתורה ולתעודה לשון מדברת גדולות על התורה ועל העבודה ה"ה החכם השלם כמה"ר צבי אשכנזי נר"ו ראיתיו יושב ודורש בספרו הנחמד תבלי מילי מעלייתא וזיקוקין דינור די נפקין מפומיה נכוחים למבין וישרים להוגלי דעת הן אלה קצות דרכיו במילי דאגדתא ובענין ההוראה כפי מה שראיתי מקצת לבני אשכנז ה"י יעידון יגידון שהחכם השלם יוצא ובא כאחד האדם דנחתי לעמקה דדינא בחכמה ובתבונה ובכל אשר יפנה ישכיל ירוץ ונשא וירדוף עד דין אמת לאמיתו כאמת' של תורה מתון ומסיק שמעתת' אליבא דהלכתא ועל פי עדות הרבנים ה"י חזו דאתאי להודיע לבני האדם כי החכם הנז' גזרת יהלום בטוב טעמו ניסוקו עמו זה כמה שטף ועבר והגיע לברכת דרכים להבין ולהורות ויהי כמשיב תשובה שלימה מברכת דרכיה דרכי נועם וכל מן דין ומן דין סמוכו לנא יורה יורה ידין ידין שחזקה על חבר שכמותו שאינו מוציא דבר שאינו מתוקן מתחת ידו ואני גוזר שבמקומות שרגילין לקרות למי שהוא בעל הוראה ומוסמך מורינו שיקראו ג"כ להחכם השלם הנז' מורינו ואני תפלה יגדל תורת החכם השלם הנז' למעלה ראש הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן מ"ד

איומיר שנת השב"ח לנכון ונעלה הר' משה לוריאנו נר"ו

שאלה ראובן בחיים חייתו נתן ומסר ביד שמעון חתנו בינו לבינו סך מה בתורת פקדון שהיה לו אהבה עזה בינו לבין חתנו וגם חתנו דר בבית ראובן חמיו שנים רבי' ומעול' לא עלה על דעת ראו' לתבוע ממנו שכירו' כלל שהיה חתנו נושא ונותן בעסק ראובן חמיו וגם מעולם לא שאל שמעון מחמיו פ'אטוריאה כנהוג באמרו הוא נותן לי השכירות ואני נותן הפ'אטוריאה והוא דבר הנודע לכל ושה גם לבן ראובן שמעולם לא פרע שכירות כלל ואחר כך מת ראובן ובא בנו לתבוע משמעון גישו ירושת אבין וקודם שיתן לו שמעון לבן ראובן ירושת אבין לקח מידו מחילה כוללת שהודה בן ראובן שלא נשאר לו ולבאי כחו נגד שמעון גישו שום מין תביעה קלה וחמורה לא זכות ולא ממון ולא דררא דממונא ואם באולי נשאר הכל מחל לו מחילה גמורה כהוגן וכתיקון חז"ל ככתוב באורך בשטר המחילה עתה בא בן ראובן ותובע משמעון שכירו' הבית אשר בחיי אבין וטוען שמעון שמעיקרא דדינא ראובן חייב לו הפ'אטוריאה ובשביל' היה מוחל לו השכירות ומה גם דאח"כ מחל לו בן ראובן כל זכות וטענה ותביעה וממונא ודררא דממונא ובודאי שהכל בכלל והנה שהמחילה נשרפה בשריפה אשר שרף ה' יש לו לשמעון ע"א שמעיד מענין המחילה היותה אמת כדבר שמעון על זה יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה •

תשובה הלשון השאלה נראה שטענת בן ראובן היא טענת ספק ואם כך הוא אין ספק שהדין עם שמעון דאין לחייבו שבועה בטענת בן המפקיד שבא בטענת אבין באיזה צד שיהיה שאם הנפקד כופר בכל והשיב אין לך בידי כלום ודאי שאינו חייב לישבע כדמוכח בפרק שבועת הדיינין דקאמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת הסת מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו ע"כ אלמא בטוען טענת בריא היא בדוקא וכמו שדקדקו הפוסקים כמ"ש ה"ה ז"ל פ"א מהלכות טוען • ואם הנפקד טוען חמשין ידענא וחמשין להד"ם גם בזה הדבר פשוט שאינו חייב לישבע כמו שאמרו בפרק שבועת הדיינין אליבא דרשב"י דס"ל דל"ש בו נ"ש בבנו דאינו מעין דרישא דקתני מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא חמשים פטור מפני שהוא כמשיב אבידה מיירי בדלא אמר בריא לי שיפא דקתני אבל

שמשביעין לקטן כו' כדאמר בריא לי דבלא אמר בריא לי ה"ל כמשיב אבידה ופטור וכ"ש לרבנן קמאי דפסקו הלכה כחכמים דס"ל דאפי' כטוען טענת בריא ה"ל השיב אבידה ופטור ומהקודם מבואר דבין לראב"י בין לרבנן הטעם הוא משום דה"ל כמשיב אבידה ופטור אבל אם לא היה הטעם משום משיב אבידה עדיין היה מקום לומר דאין לפטרו מפני שבא בטענת ספק

והוזקקתי לכתוב זה מפני שראיתי לרב המגיד ז"ל בפ"א מהלכות טוען שעל מ"ש הרמב"ם ז"ל אין משביעין היסת על טענת ספק כו' כתב כלשון הזה זה דבר מוסכם מכל הפוסקים כו' וכן בדין שהרי אף מודה במקצת שבועתו מן התורה אינו נשבע בטענת שמא כמו שיתבאר בפ"ד ע"כ ואני אומר אם קבלה נקבל ואם לדין יש לנו תשובה דהתם הטעם הוא מפני שהוא כמשיב אבידה וכמ"ש גם על הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ע"ה תמהני שעל מ"ש הרב בעל הטורים ז"ל ואין חילוק בטענת ספק לתובע מעצמו לתובע מיורשיו כמשך אחר דברי ה"ה ז"ל וכתב סוגיא דראב"י האמור' פרק שבועת הדיינין בענין מודה במקצת ואין משם הוכחה כדכתיבנא והרבה דחיות יש לדחות קושיות אלו אבל אינן על קו היושר והאמת גם על הרב בעל הטורים ז"ל תמהני שכתב שם כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל ואפי' לצאת י"ש אינו מחוייב כיון שהתובע אומר שמא והנתבע לא הודה לו אלא אומר בריא כו' ע"כ ונראה ברור מדבריו דמפני שהנתבע אומ' בריא אינו מחוייב לצאת י"ש הא אם הנתבע אומר ספק מחוייב לצאת ידי שמים ואלו למטה כתב טענו שניהם ספק כגון שטענו הלויתיך ואיני יודע כמה והשיבו אמת כי הלויתני ואיני יודע כמה כיון שאינו טוענו בודאי אלא באיני יודע אין על הנתבע אפי' היסת ומשלם לו מה שברור לו ויוצא אף ידי שמים שלא אמרו לצאת י"ש אלא בטוענו בריא אבל בטוענו שמא כיון שאומר איני יודע כו' אין לחייבו לצאת י"ש כו' ע"כ ומן הנגלה שאין לשתי עניינים אלו ישיבה אחת בעולם וזה סותר למה שנראה מדבריו למעלה דאם הנתבע טוען שמא חייב לצאת י"ש

ונ"ל דשלא בטוענו סכום והוא משיב איני יודע אפילו בטוענו שמא חייב לצאת י"ש ולשלם לו הסכו' שטוען אפי' בספק אבל בטוענו הלויתיך ואיני יודע כמה והלה משיב הלויתני ואיני יודע כמה אפי' טוען שמא אינו חייב לצאת ידי שמים דכיון דאינו טוענו סכום ידוע אין לו ליפרע אלא מה שברור לו דאל"כ מה סך יפרע לו לצאת י"ש כיון שאינו דבר קצוב ואפי' יהיב ליה תרקבא דדינרי לא נפיק מחיוביה וזהו שהרב בעל הטורים ז"ל נקט דינו בטענו שניהם ספק באיני יודע כמה הלויתיך ולא נקט דינו באומר כתדומה שיש לי בידך כו' והלא אומר איני יודע כו' ומיהו אין לשון הטור מוכיח כן וצ"ע

ואפילו שטענת בן המפקיד היא טענת ודאי פטור מן השבועה דכל שיש ע"א מסייע לנתבע פוטרו מן השבועה ואפילו היסת כמו שכתוב בספר הטורים סימן פ"ה ופ"ז וכן דעת רב מתתיא גאון והתו' והרמב"ן ומהר"ם והרא"ש והר"ן כמו שנזכר בטור ובב"י בסי' הנז' וזולת בעל התרומות שסובר דאינו פוטרו מהסת וראייתו מההיא דפרק חזקת הבו' דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתא ואכלתיה שני חזקה אייתי חד סהדא דאכלה תלת שנים והיו סבורים בגמ' לדמותה לנסכא דר' אבא ואקשו דהכא חד סהדא לסיועיה אתי ופסק הרמב"ם ז"ל שהנתבע ישבע היסת שאינו חייב בפירות ויפטר אלמא אע"ג דאיכא ע"א המסייעו שאינו חייב לו פירות ושבחין. אפ"ה משביעו היסת על טענתו כמ"ש בשער י' והביאו הרב ז"ל בח"מ סי' ע"ד ולפי זה אף הרמב"ם ז"ל סבר הוא לבעה"ת בסברא זו וכמ"ש הרב ז"ל בח"מ סי' ע"ה

ואני בעניי אף כי אין דעתי מכרעת נראה לע"ד שראיה זו לא מכרעא מידי דשאני התם דאפי' לדברי העד עדיין אפשר שהשדה אינה שלו ואכילתו בפירות בגזל היתה שלא העיד העד אלא שאכלה שני חזקה אבל לא העיד שהוא יודע שהוא שלו וכיון דאפי' לדברי העד עדיין אפשר שהשדה אינו שלו ישבע היסת ויפטר מאכילת פירות אבל היכא דע"א מסייעו ובעדותו פטור מן התביעה בודאי כנ"ל פשיטא ופשיטא שפטרו מן השבועה מן הטעמים שכתב ההר"ס ז"ל ומלבד שחילוק זה נאה ומתקבל מצד עצמו אחזתיו ולא ארפנו ממה שראיתי לרב בעל הטורים ז"ל בסי' כ"ט ומ"ו וע"ה ופ"ד ופ"ז שדעתו מסכמת דעד אחד פוטרו השבועה ולפי זה בסוגיא דפח"ה אין הנתבע צריך לישבע כיון שהעד מסייעו ואלו בסי' קמ"ו כתב בסוגיא דפרק חזקת כלשון הרמב"ם ז"ל שהנתבע ישבע היסת כדי ליפטר מאכילת פירות וזה הפך הסכמתו בסי' הנז' כפי האמור אלא ודאי מוכרח לומר דהחילוק מבואר כמ"ש ולא פליג הרב בעל הטורים ז"ל מדידיה אדידיה גם מ"ש הרב ז"ל בב"י סי' מ"ו שדעת הרמ"ה ז"ל כדעת הבעה"ת אפשר לדחות דע"כ לא קאמר הרמ"ה ז"ל דע"א המסייעו אינו פוטרו משבוע' אלא בע"א אומר תנאי ועד א' אומר אין תנאי דכיון דעד אחד מכחישו שלא היה שם תנאי ורחמנא הימניה לחיובי שבועה אע"ג דע"א נ"כ פוטרו מן השבועה כיון שבאו כולם בבת אחת יותר סברא שנאמין להחייבו שבועה יותר מהפוטרו שלמחייבו מצינו מפורש בתורה שנאמן ולא לפוטרו דאל"כ ליכא בארעא וגיורא כשבי שמיא אבל ע"א מסייע לנתבע ואין עד אחר מכחישו אפשר שגם הרמ"ה ז"ל יודה שפטרו מן השבועה ואיך שיהיה דעת הרמב"ם והרמ"ה ז"ל כדעת הסוברים דע"א פטרו משבועה בין שיהיה כדעת הסוברים דאינו פטרו מכלל האמור נתבאר דהסוברי' דפטרו מן השבוע' רוב מנין ורוב בנין הם וכוותייהו נקטינן

ולא יהיה אלא מחלוקת שקול או אפי' שהאומרים דאינו פטרו הן רבים עתה כיון דאיכא רבוותא דמסייעי לנפקד מצי הנפקד לומר קים לי כהנך רבוותא דסברי דע"א המסייע לנתבע פוטרו משבועה דומיא דממון דהיכא דאיכא תרי רבוותא דמסייעי למוחזק מצי המוחזק לומר קים לי ולא מפקינן ממונא וב"ת לא דמי לממון דהא אמרינן מגו לאוקמי ממונא ולא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה לדעת רבים וגדולים מהפוסקים כמו שנזכר הדבר מבואר בהרא"ש ז"ל ובהר"ן בחדושיו ובפרק ההלכות רא"ש פרק כל הנשבעין ובטור ח"מ סימן ל"ו ורמ"ו לא היא שיש לחלק בין טענת השגו לטענת קים לי ועוד דאפי' האי דלא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה במחלוקת היא שנויה שהרא"ש והר' בעל הטורים וסיעתם סוברים דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן כמו שנתבאר במקומות הנז' וכיון דבמחלוקת היא שנויה מצי הנפקד לומר קים לי כהנך רבוותא דסברי דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן ולדידיה והאי ימצי לתימר קים לי לאיפטורי משבועה דשבועה כממון היא דאם אינו רוצה לישבע הרי הוא מחוייב ממון כמו שכתב הרא"ש ז"ל שוב ראיתי למהריב"ל ז"ל בח"ב סימן מ"ו כתב וכי היכי דבממונא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה ותיקו דממונא קולא לנתבע הכי נמי לענין שבועה לא משבעינן ליה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא ומצי למימר קים לי כהני דאמרי דנאמן בלא שבועה ע"כ וכן היא הסכמת הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ה וקנ"ט וקל"ז (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות ע"ר כתבתי

שנ"ס הרי"ף ז"ל בח"א סימן קמ"ט וח"ב סימן רמ"א ומהר"א ששון ז"ל סימן מ"ט ומורי הרב זלה"ה ח"א סימן קי"ב וקנ"א וחלק ח"מ סימן ק"ו והר"י הלוי ז"ל בסימן כ"ט וע"ג • ומשפט צדק ח"א סימן ע"ג ומהרח"ש ז"ל בתשובותיו השייכו' לא"ה סימן י"ו הסכימו ג"כ דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דאינו נשבע ושמהרש"ך בח"א סימן ק' וקכ"ד והרא"ר"ב בסימן ר"ו מגמגם בזה גם בספר ב"ת דף קמ"א כתב דמאן דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן קים לי לאיפטורי משבועה כמי לא אמרינן ושדברי מהרש"ך ז"ל תמוהים ועמדתי עליהם בטור י"ד סימן קמ"ט בהגהת ב"י עד כאן: הגה"ה) סוף דבר הדין עם הנפקד ואפי' שטענת בן הנפקד תיובה טענה ודאית הנפקד פטור משבוע' מהטעמי' הנז' ואין לבן המפקיד על הנפקד זולת חרם שתם כתקנת הגאונים המפורשת בטור ח"מ סימן ע"ה את זה ראיתי ונתון אל לבי להשיב על השאלה הזאת

שוב חזר הנביר השואל ושאל דבן המפקיד הוא תפוש מנכסי הנפקד ע"י אחר ובהיותו תפוש מה הדין כותן ונראה לע"ד שאין תפיסת בן המפקיד תפיסה לענין שיוכל לומר קים לי כהפוסקים המסייעי' לי חדא שכיון שבן המפקיד אינו יכול לטעון ולישבע בבריא שהנפקד חייב לאביו השכירות אע"פ שהוא מוחזק מפקינן ממונא מיניה וכמ"ש בת"ה סימן של"ג והחזיק בדבריו מהריב"ל בס"א דף קכ"ב ועוד כיון דתפיסה זו לא באה לו מחמת הלוה אלא מחמת אחר לא מיקרי תפיסה ויכול הנפקד לתבוע ממונו ממי שמסרו לבעל דינו והמוסר יתבע מבן המפקיד וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ק"ו סימן א' דתפיסה ע"י אחר לא הוי תפיסה (הגה"ה עיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ע"ה בהגהת ב"י אות כ"ט עד אות מ' כתבתי פרטי דינין הרבה בפרט הזה דתפיסה ע"י אחר ע"ש ע"כ הגה"ה) ועוד שרוב הפוסקים הסכימו שתפיסה שלא ברשות לא מהני אלא בטוען בריא כמ"ש מהרש"ך ז"ל בתשובותיו סימן ל"ז ובביאורו סימן מ"ב (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ד' בהגהת ב"י כתבתי בתפיסה שלא ברשות מאות י' עד אות ט"ו ע"כ ההגה"ה) ועוד בנדון שלנו שיש ע"א מסייע לנתבע צריך בן המפקיד לומר כאותם הפוסקים ז"ל דסברי דע"א אינו פוטרו מן השבועה וכיון שאינו יכול לזכות אלא בטענת קים לי ה"ל תפיסה בטענת ספק ואין תפיסתו תפיסה וכמ"ש מהריב"ל בס"ב סימן ס"ו (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ד' בהגהת ב"י כתבתי בתפיסה לאחר שנולד הספק מאות ד' עד אות י"ח וגם באות ה' כתבתי דטענת קים לי למהר"י קולון בשרש קמ"א הוי כעין טענת בריא ומהריב"ל בס"ב סימן ס"ו כתב דסבר' יחיד היא שלא מצינו דבר זה לזולתו אבל הרא"ר"ב ז"ל בתשו' ב"י סימן קמ"ד כתב דלמהרי"ק ז"ל שתפס הדבר במושלם שומעין וכתבתי שם דלא כתב הרא"ר"ב ז"ל כן מפני שלא ראה דברי מהריב"ל ז"ל בח"ב סימן ס"ו ע"כ ההגה"ה)

ומאחר שנתבאר דתפיסה שלא ברשות לדעת רוב הפוסקים לא הויא תפיסה גם נתבאר דטענת קים לי הויא טענת ספק ותפיסת ספק לא הויא תפיסה אין ספק דבנ"ד מפקינן מבן המפקיד אע"פ שהוא תפוש וליכא למימר דכיון דכל זה הויא פלוגתא דרבוותא חזרנו למקום הספק ומצי המוחזק לומר קים לי כאותם הסוברים דתפיסה שלא ברשות ותפיסת ספק הויא תפיסה כי היכי דאמרינן בעלמא דמצי לומר המוחזק קים לי כתרי רבוותא דמסייעי ליה דשאני התם שהוא מוחזק והמע"ה אבל הכא איך יטעון התופס קים לי דתפיס' כזאת מהניא ובהא פליגי הם התופס מיקרי מוחזק או בעלין הראשונים וכתב מהרש"ח ז"ל בסימן הנז' דכיון דאין לומר קים לי אלינן בתר רובא (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ד' בהגהת ב"י אות כ"ו כתבתי כן בשם מהריב"ל ס"ב סימן מ"א ומהר"י הלוי ז"ל סימן ס"א המשפט צדק ח"א סימן י"א מהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סימן ת"ג מורי הרב ז"ל ח"א סי' ע"ב וקנ"ב ומהרש"ך ז"ל ח"א סימן ק"ן נראה כחולק על זה ותמה עליו הרב משפט צדק חלק ראשון סימן כ"ט ע"כ ההג"ה)

ובר מן דין נלע"ד מדברי השאלה מוכח שראובן שמין של נפקד מחל לו דמי השכירות באמרנו דמוכח וכיון שכן הוא מה זו שאלה של בן המפקיד לנפקד דמי השכירות כבר כתב בת"ה סימן ש"ז על ראובן שאכל אצל חמיו שמעון יותר שנים שקבל לו דנאותדנא דמוכח דמחל לו המזונות פטור מלשלם ע"ש הנלע"ד כתבתי להלכה ולמעשה הייטב בעיני ריש מתא ורים מתיבתא מופלא שבסנהדרין הוא תרשם. לכל דבר שבקדושה מורי ורבי הרב הגדול נר ישראל נר"ו עבד עבדיו ואני תאו חיים כבמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

מורי הרב ז"ל חתם בזה וכבר נדפסה תשובתו בתשובותיו ח"א סימן קנ"ב גם הרב מהר"ש ן' וילימיר ז"ל חתם בזה ונאבדה חתימתו וזה אשר כתב מהרל"א נר"ו

סימן מ"ה

אשא דעי למרחוק על דברת החכם השלם ע"ן הדעת אילנא דחיי נר"ו כי דינא דחיי הם מיוסדים על הדין ועל האמת כולם נכוחים שאף שאלה זו חתומה כיתנה ולא כורש אם מה שהתובע תובע מהנתבע היא טענת בריא שהנתבע הודם לו ככך בדרך הודאה כך יש לאכיך בידי או אם בא בטענת שמא דבלשון השאלה יש לדון הכי ויש לדון הכי ולא אדון בזה דבנ"ל היא משנה שאינה צריכה דבין הכי ובין הכי אין לו על הנתבע כי אם חרם סתם על המעכב ממונו שלא כדין כמו שפסק החכם השלם הפוסק נר"ו מטעמא דיש לנתבע ע"א המסייעו ואין זה צריכה לפנים

עתה באתי להסיר תלונת החכם השלם הפוסק ותמיהתו מעל ה"ה ז"ל אשר נשא ונתן בהם ברא"ש'אמרינן הניח הדבר בצ"ע ולי הקטן נראה דאין מקום לזעקתו וה"פ דה"ה ז"ל דקדק ממאי דנתן רב נחמן טעם תקנתו משום דהין אדם תובע אא"כ יש לו דלא תקן רב נחמן אלא בטוען טענת בריא דבטוען טענת שמא לא שייך הך טעמא והבריא זה ממה שפטרו הבא בטענת אביו אע"פי שהודה במקצת משום דבא בטענת שמא ואע"פ שנראה שמה שפטרו אותו טעמא הוי משום משיב אבידה הא לאו כלום הוא דמאי דהוי משיב אבידה הוא משום שבא כטענ' שמא וכמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו בעצמו ואחרי הודיע לנו שבשבועת התורה שכשבא בטענת שמא אע"פ שהודה במקצת הוא פטור א"כ לא הי"ל לרב נחמן להפריז על המדה ולתקן אף בטוען שמא דדי לנו לתקן במקום שהתורה פטרתו משום דכופר בכל אע"פ שהוא מודה במקצת משום דטוען שמא יתקן רב נחמן אע"פ שהוא כופר בכל שהם שתי מדרגות ומפני שמלא רב נחמן שאם היה מודה במקצת חייבתו כמודה במקצת ופטרתו בכופר בכל ראה והתקין השת בכופר בכל אף דהתורה פטרתו מטעמא דאין אדם תובע כו' אבל במקום דהתורה פטרתו אע"פ שהוא מודה במקצת

במקלת מאיזה טעם שיהיה איך יתקן רב נחמן השת בכופר בכל כהכא בטענת אביו שכבר התורה חייבתו בטוען ברי"א ומודה בה והוסיף רב נחמן אף בכופר בכל אבל לא בטוען שמא דפטור המודה במקלת מאיזה טעם שיהיה אין לו להוסיף שני מדרגות האחת משום היותו כופר בכל וזאת שנית בכא בטענת שמא והנה מה שחייבה תורה למודה במקצ' הוא משום דיש אותה חזקה דאין אדם תובע כו' וכנגדו עומדת חזקה דאין אדם מעיז כו' ושהוא מודה במקלת נתקיימו השתי חזקות כאמרם ז"ל הא בכוליה בעי דלודי כו' ולכן רמו עליה שבועה משא"כ בטוען טענת שמא דאולת חזקה דאין אדם תובע כו' ואע"פ דגם חזקה דאין אדם מעיז איתרע בטוען שמא דמ"ה משיב אבירה משום דיש בידו להעיז מ"מ הואיל ואזלת חזקה דאין אדם תובע אין לרב נחמן לתקן דע"כ לא חייבה תורה למודה במקלת אלא משום חזקה דאין אדם תובע ואין אדם מעיז שנתקנ' כהודאה במקלת ואף רב נחמן נרחק על חזקה שאין אדם מעיז ואמר אשתמוטי קא משתמיט כו' הלעיר דוד אגוזי

סימן מ"ו

לכרכשי יוז"ל איכאר שנת התי"ו

שאלה

ראובן שחושש לשמעון שגנב מאתו דבר מה ותובע שיקבל עליו חרם שלא גנבו ושמעון משיב שאינו מקבל עליו חרם ביחוד אלא שיחרים בכולל וראובן אומר אין לי חשש על שום אדם רק עליך לבד יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה

מילתא דפשיטא היא דדין החרם כדין השבועה ובכל מקום שאם היה טוען ברי"א היה חייב שבועה שכנגדו כך כשטוען שמא מחרים עליו חרם וכטוען לחבירו גזלתני והוא אומר לא גזלתי כתבו הרמב"ם ז"ל בפ"ר מה"ג והרב בעל הטורים ז"ל בסי' שמ"ט אות ח' דנשבע שבועת השת ונפטר וכ"כ המרדכי ז"ל בריש מליעא בשם רבינו מאיר ז"ל וכן דעת תלמידי הרשב"א ז"ל הובאו דבריהם בב"י ח"מ סימן ע"ה ס' י"ג וכ"כ הגהות אשירי בפרק הכונס וכן נראה מדברי ספר אגודה הובאו דבריו בסוף תשובות מהר"י וייל ז"ל ואע"פ שהמרדכי בפ"ק דמליעא בשם רבינו שמחה ובמכונות להרמב"ן ז"ל סי' ק"ט כתבו דאינו נשבע הרב ז"ל בספר הקלר ובעל הלבוש סתמו כסברת הרמב"ם ז"ל וכן הרשד"ס בחלק ח"מ סימן ס"ט וכן שמא דבר ועוד דאפי' לרבינו שמחה והמכונות להרמב"ן דוקא בשבועה שייך לומר דחשוד הוא לא משבעינן ליה אבל בחרם דלא שייך הך טעמא יודו דמחרימין עליו חרם סתם

וכתב הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ע"ה סכ"ז ואין חילוק לענין טענת ספק בין תובע עצמו ליורשין כו' אין לו עליהם שבועה אלא חרם סתם ע"כ הרי דבטענ' ספק דאין נשבעין עליה מחרמין חרם סתם וכ"כ מהר"ם מטראני ז"ל ח"ב סימן כ"ד דבחושד לחבירו בגניבה מחרים עליו חרם סתם ובתשובה לגאון הביאה הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן שמ"ח ס"י כתוב שאלה לגאון מי שנחשד בגניבה גוזרין עליו בגזירה ובס"ת ובשופרות כו' הא קמן דמחרימין עליו חרם סתם אע"פ שאינו טוענו ברי"א אלא שחושדו מן השפק וכ"כ הרשד"ס ז"ל בתשובה חלק ח"מ סימן שמ"ח יע"ש וכן מתברר מדברי הרא"ש ז"ל ח"ב סימן פ"ח כללא דמילתא דיכול ראובן לכוף לשמעון שיקבל עליו חרם שלא גנבו הנלע"ד כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן מ"ז

תשובת בני שיהיה משא"ב שנת התי"ז בתיריא יע"א

שאלה

לוי מכר לראובן שמעון ויהודה בגד אחד בהקפה בעד משך זמן מה ונתערבו כל א' בשביל חבירו בשעת לקיחת הבגד ערבים קבלנים כרעניס שכך התנה לוי בפירוש עמהם שממי שירצה מן הג' יפרע ממנו תחלה כל החוב ושמעון כופר בזה ואומר להד"ם אלא שסתם מכר להם הבגד והיה הולך לוי ונפרע מראובן ויהודה דמי הבגד שמה שהיו מוכרין וקודם שנפרע לוי מדמי הבגד הנז' בגזירת עירין נפטר ראובן בעירוש ונחוסר פל ואפי' אלמנתו לא מלאה א' מן החמשה בכתובתה גם היה חייב חוב הרבה לגוים ולישראלים ולא נתפרעו השלים גם יהודה העני ואין לו פרוטה יורינו המורה אם מחוייב שמעון לפרוע מה שחייבים ראובן ויהודה ושכמ"ה

תשובה

דבר זה נחלקו גדולי הפוסקים הרב בעל העיטור וסיעתו ז"ל עם הרמב"ם וסיעתו הרב בעל העיטור ס' דלא אמרינן דה' שהלוה לשנים דיכול לגבות מא' מהם אלא דוקא כשאינו מולא לגבות משניהם אבל אם מולא לגבות משניהם יגבה מכל אחד ואחד חלקו אבל סברת הרמב"ם ז"ל כפי גרסת הרב בעל הטורים ז"ל הוא דגובה ממי שירלה אע"פ שיש לשניהם וכתב מהריק"א ז"ל בשם מהר"י קולון ז"ל שבדק כמה מספרי הרמב"ם ז"ל ולא מלא נוסחא זאת וכ"כ הרב הנמקי ז"ל בשם הרשב"א ז"ל דהרמב"ם ז"ל איפכא ס"ל

אבל ראיתי להר"ב ב"ח נכנס עלמו בדוחק לומר דאולי כ"ל הרמב"ן בשם הרמב"ם ז"ל דכן ס"ל להרמב"ן ז"ל דגובה מהאחד אע"פ שיש לשני והביא ראיה מהגהות אשירי שכתבו כן ואני הלעיר שאעתי ולא אבין מה שהביא הרא"ש ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל דאיפכא שמעינן להרמב"ן ז"ל כמ"ש ה"ה ז"ל בפכ"ה מהלכות מלוה וכ"כ ג"כ מהריק"א ז"ל בסימן ע"ו דף כ"ד בתחלת ע"א הגם שה"ה ז"ל חזר לקיים גירסת הרב בעל הטורים ז"ל וכתב דהאמת הוא דאין כאן ט"ס ורבינו היה גירסתו בהרמב"ם כגירסתינו אלא שרבינו כמשן בדבריו אחר דברי בע"הת בשער מ"ד שהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל דהבין ממנו דמ"ש הרמב"ם ז"ל ואם לא היה לאחר מהם כדי כל החוב כו' דקאי גם לדין הראשון דשנים שלוו כו' דלא כמהר"י קולון ז"ל בשרש קמ"ב ולכן בכונה השמיט רבי' מ"ש הרמב"ם ז"ל הרי הן ערבאין זה לזה אף ע"פ שלא פירש שנים שעירבו כא' כשיבא המלוה ליפרע יפרע ממי שירלה כל זה השמיט רבינו ז"ל וכתב או שלקח בשותפות יפרע ממי שירלה כו' דכיון דסבר דמ"ש ואם לא היה לאחד מהם כל החוב כו' קאי ג"כ לדין הראשון אם כן ה"ל כאלו כתב כן בפירוש הרמב"ם ז"ל לשון זה שהביא רבי' בשמו ותו דכיון דדין זה דשנים שעירבו אין כאן מקומו השמיטו וכתבו בסימן קל"ב ומוכח להדיא לשם דגם רבינו היה גורס כגירסתינו בדברי הרמב"ם ז"ל עכ"ל ועדיין אנו לריכין למודעי איך יתכן כפי סברתו דסבר הרב בעל הטורים ז"ל גרים כגירסתינו בהרמב"ם דנמשך אחר לשון בע"הת בשער הנז' דקאי ואם לא היה כו' גם לדין הראשון דהרי כיון שכתב בשנים שלוו הרי הן ערבאין נתן להם דין ערב דאם אין לו לא'יפרע הב' כמו בערב שאם אין לו ללוה יפרע הערב כמ"ש בבבא ג' המלוה לחבירו ע"י ערב אף ע"פ שהערב משתעבד למלוה לא יתבע לערב תחלה כו' לא יעלה אח"כ על הדעת דואם לא היה כו' דמשמע דגובה מן הא' הע"פ שיש לשני דקאי גם לחלוקה דלווים דאם כן קשית דיוקא אדיוקא ועוד דהרב ז"ל כתב ותו כיון דדין זה דשנים שערבו

שנערבו אין כאן מקומו שמיעתו וכתבו לקמן בשם הרמב"ם ז"ל ואם איתא דבגיהם יש להם דין אחד איכפל תנא לומר לן מילתא דנפקא מכ"ש דלווים דהשתא ומה בלווים שלא נתחייבו ולא נשתעבדו גופם אלא כל א' נתחייב על חציו וערב על החצי האחר אמרינן דגובה מן הראשון אע"פ שיש לשניהם כ"ש כשנתערבו דחל השעבוד על כל אחד ואחד מהם כמ"ש מהריק"א ז"ל בסימן הנז' וכיוצא בזה תפש הרב בעל גדולי תרומה על הבעה"ת בשער הנז' כל זה כתבתי דכך הערה שקלא וטריא בדברי הרב ז"ל

ולענין דינא כיון דהסברא יגבה בעולם הרמב"ם יהיה או הרמב"ן יהיה וגם הרא"ש ס"ל הכי דגובה מן הראשון אע"פי דיש לשני יכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש וסיעתו דסוברים דגובה מן הראשון אע"פ דיש לשני וגם יכול לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל כפירוש הרב בעל התרומות והרב בעל הטורים ז"ל כמ"ש מהריב"ל ז"ל ח"א כלל ב' סימן י"ג ותומת ישרים סימן ס"ז וגם הר"י באסקי ז"ל בפסק אשר בסוף ספר התרומות נראה ג"כ שסובר דיכול המוחזק לומר קים לי כפוסק פ' כפי פי' אע"פ שיש פי' אחר באותו פוסק וא"כ יכול המוחזק לומר ולהוסיף כשאו על ג' רגלים הרא"ש והרמב"ם והרמב"ן כפי פי' הר"ב הטורים ז"ל ובנ"ד אף שמעון יהיה מוחזק ויאמר קים לי כהרב בעל הטורים ז"ל וסיעתו חייב משום דיכול לומר לו לדידך דקים לך כהרב בעל הטורים וסיעתו דאינו יכול לגבות מהא' כשיש לשני א"כ מה להם ולצרה לראובן ויהודה לפרוע בשבילך כמו שבא בשאלה שלוי לא היה נפרע אלא מראובן ויהודה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן קי"ב דיכול לוי לומר לשמעון כהי דפרעת חלקך אבל חלק ראובן חבירך לא פרעת שלקחתים בעל חוב אחר שהיה ראובן חייב לי והרב ז"ל דאתו בנדון שלו משו' דהוי הלוה מוחזק ויכול לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל וסיעתו א"כ אני הייתי חייב כל החוב ובשביל זה פרעתי זה כתבתי לחייב לשמעון בהנהת שיש לכולם לאל ידם לשלם אבל בנדון שלנו שמת שמעון ולא נשא' לו כל כמו שבא בשאלה פשיטא דלוי המוכר גובה משמעון אליבא דכ"ע אפי' להרב בעל העיטור וסיעתו ז"ל דכיון דמת שמעון ואין לו והשני יהודה אין לך אינו מופא לגבות יותר מזה וזה אליבא דכולי עלמא

סוף דבר זכה ראובן לע"ד מאלו הטעמים שכתבתי ויודע אני בעצמי מיעוט ערכי ושפל מצבי דך בחכמה ורך בשנים ואיני כדאי לסמוך על עצמי אמנם כתבתי זה אם יראה בעיני הרב המובהק מופלא שבסנהדרין מאור הגולה ראש לאנשי כנסת הגדולה בקי בחדרי תורה הרב המפולפל מוצא מים חיים אדוני אבי ומורי עטרת ראשי אעגדנו כמהר"ר נר"ו הנלע"ד כתבתי אני הצעיר תולעת ולא איש השפל ישראל בכמה"ר חיים בנבנשת נר"ו

סימן מ״ח

הדברים הנאמרים מפי בני יקירי ישראל יצ"ו אשר בו אתפאר דברים המדוקדקים יפה דן יפה הורה יפה זיכה ללוי בטעמים צודקי' ומה גם בטעם השני דכיון דמת שמעון ולא נשאר לו כלום והשני יהודה לכ"ע יכול לגבות משמעון הכל אפי' לבעל העיטור וסיעתו וזה פשוט אין צורך להאריך

אמנם כאשר ראיתי הערה הערות מעוררות הלבבות אמרתי אלקטה נא בשבלי אמירותיו בתחלת דבריו תפש על הרב בעל ב"ח שנכנס בדוחק לומר דאולי גרסינן הרמב"ן בשם הרמב"ם ז"ל דאיכא שמעינן להרמב"ן ז"ל כמ"ש הרב המגיד ז"ל כו' ויש להליץ על הרב כ"ו דאע"ג דנמלאו סברות הפכיות בדעת הרמב"ן ז"ל מ"מ הרב בעל הטורים ז"ל נמשך אחר סברת אביו הרא"ש שכתב שיטת הרמב"ן ז"ל שגובה ממי שירצה וכוונת הב"ח לומר דגירסת הרב בעל הטורי' היא הרמב"ן במקו' הרמב"ם שכ"כ הרא"ש ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל ובספר תורה לדק כתוב שכן מצא בס' כ"י הרמב"ן ז"ל נכון

ומיהו ק' לי שמלבד שמהר"י קולון ז"ל בשרש קפ"ג גורס הרמב"ם כגירסת ספרינו אין לגי' הרמב"ן נכון עיקר בשום פנים שא"כ הרב בעל הטורים ז"ל סותר את עצמו דבסי' זה כתב בשם הרמב"ן ז"ל דממי שירצ' יגבה ובסימן קל"ב כתב בשם הרמב"ן ז"ל על שנים שעירבו לא' שאם יכול להתפרע משניהם לא יפרע מא' מהם הכל אלא גובה מזה מחצה ומזה מחצה אלא א"כ שאין לאחד מהם שאז גובה מהשני הכל והדברים ק"ו אם בב' שעירבו שהערבות אינו אל להלוין גובה מזה מחצה ומזה מחצה בשנים שלוו שכל א' נעשה לוה לחצי המעות לא כ"ש וכמ"ש מהר"י קולון ז"ל עצמו בשרש קפ"ג ודוחק לומר שהרמב"ם והרמב"ן ז"ל פליגי מן הקצה אל הקצה דלהרמב"ם ז"ל עדיף שנים שעירבו משנים שלוו ולהרמב"ן ז"ל עדיף שנים שלוו משנים שעירבו

ולבי אומר לי שמ"ש בפסקי הרא"ש אבל לדעת הרמב"ן ז"ל יגבה ממי שירצה הרמב"ם ז"ל כמ"ש גרסינן והיה גורס בדברי הרמב"ם ז"ל כגירסת בנו הר"ב הטורים ז"ל הן אע"פ שהיה גורס כגירסתינו היה מפרש כפירוש בע"הת גם מהר"י קולון ז"ל בשרש ק"ך לא היה גורס הרמב"ן ז"ל נכון אלא הרמב"ם ז"ל כמ"ש וט"ס נפל בדבריו ומ"ש ז"ל בלשון הזה אע"ג שנאמר דרבינו משה ס"ל דשנים שלוו בשטר א' שאין א' מתחייב רק בחצי החוב אם לא מדין ערב מ"מ הזינן לפוסקים אחרונים אשר ראוי ללכת אחריהם ז"ל דכל א' מתחייב בכל החוב תחלה כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל שניים שלוו בשט' כמו שכ' בעל הטורי' ח"מ משמע לאו למימרא דאע"ג דהרמב"ם ז"ל כתב דאינו מתחייב אלא בחצי הרמב"ן כתב דמתחייב בכל החוב כמו שנראה לכאורה מריהוט לשונו אלא כוונתו לומר דאע"ג דמדברי הרמב"ם כך נראה מדברי הרב בעל הטורים נראה דהרמב"ם סו' דגובה כל החוב ממי שירצה ולפי זה לדעת הרמב"ם ז"ל בין בשנים שלוו בין בב' שעירבו גובה ממי שירצה ולדעת הרמב"ן ז"ל בשניהם אינו גובה אלא חצי החוב

גם מה שדקדק בני יקירי יצ"ו על מה שהסכים הב"ח דאף הרב בעל הטורים גורס בדברי הרמב"ן ז"ל כגירסתנו אלא שנמשך אחר דברי הרב בע"הת כו' דא"כ קשיא דיוקא אדיוקא דקדוק נכון הוא וצריך לומר דס"ל דליכא דערבאין לאו דוקא אלא לשון מושאל לומר שנפרע משנו וכמו שקיים יפרע ממי שירצה

ולענין הלכה העלה בני יקירי דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי והכא הרב ז"ל בב"י ובספר הקצר פסק דגובה מכל אחד חלקו זולת שאם אין לשני חוזר על האחר וכן הסכימו הב"ח והראל"ב ז"ל בתשובה כ"י סימן ק"א והרדב"ז ז"ל בתשובה כ"י ובלא פסק זה כיון דפלוגתא דרבוותא היא יכול המוחזק לומר קים לי כבעל העיטור וסיעתם ז"ל דאינו גובה מהא' הכל וכ"כ מהר"י אירבי ז"ל בסימן תכ"א ומהר"ם אישרלאם ז"ל בסימן כ"ו וכן מצאתי בתשו' כ"י להרב מהר"ר יחיאל באסאן ז"ל וכן דעת הגאון מהר"י קולון ז"ל דבשרש ק"ך כתב דגובה מהא' כל החוב הוא מוחזק ובשרש קפ"ג פסק דאינו גובה אלא החצי והטעם דבשרש ק"ך מי שאומר קיל כמ"ד דגובה מא'

מא'מהם כל החוב הוא מוחזק ובשרש קפ"ג המוחזק הוא אותו שאומר שאינו גובה אלא חצי החוב והתימא מהרא"ס ז"ל ח"א סימן פ"א שפשט שגובה כל החוב מתי שירצה כפשט דברי הרב בעל הטורים ז"ל בדברי הרמב"ם ז"ל ושאא בנדון דידיה לרבותא נקט הכי דאפי' תימא דיכול לגבות כל החוב מא' ה"מ מלוה בשטר אבל לא מלוה ע"פ אי נמי אפשר לומר שמ"ש הרב ז"ל ויכול המלוה לגבות החוב מאיזה שירצה אם אין לחבירו קאמר כמו שמתברר מדבריו ולע"ג דליבעא דלגבות מתי שירצה לא משמע הכי אין בכך כלום שהרי הר"ס במז"ל בפכ"ה מהלכות מלוה כתב יפרע מתי שירצה ואם כל זה הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ע"ז לא הוכיח מדברים אלו שסובר דיפרע מא' כל החוב והוכיחו ממ"ש ואם לא היה לא' כדי החוב חוזר ותובע מן השני מפני דמ"ש יפרע מתי שירצה אפשר לפרש דה"ק דאינו כשאר ערב דאינו גובה ממי שירצה מתחי' אלא גובה מן הלוה דוק' וכשאין ללוה אז יפרע מן הערב אבל הכא גובה מתי שירצה תחלה אבל לעולם אינו גובה תחלה מכל א' אלא החצי אע"פ שיש לכל א' לפרוע הכל כמ"ש הב"ח אף כאן בדברי הרא"ס ז"ל נפרש כן ואיך שיהיה נתבאר מדברי הרב מהר"י קולון ז"ל דאם מי שרוצה להתפרע כל החוב הוא מוחזק יכול לומ' קים לי וכמ"ש בני ידידי דיכול המוחזק לומר קים לי וכתב שיכול נ"כ לומר קים לי כהאי פוסק כפי הפירוש הזה והביא ראיה ממהריב"ל ז"ל ותומת ישרים ומהר"י בארקי ז"ל

ונראה שלא הוצרך לזה אלא לדעת הרב ז"ל בב"י בשימן הנז' דהרא"ש ובנו הרב בעל הטורים ז"ל כח א' נינהו ואם אין להרא"ש ז"ל חבירים מקשיבים לקולו כי אם בנו הרב בעל הטורים ז"ל אין המוחזק יכול לומר קים לי כוותייהו דכח א' נינהו ואין לומר קים לי כפלוני היחיד ולכן השתדל לומר שיכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל כפי פירוש הרב בע"הת והרב בעל הטורים ז"ל וה"ה קים לי כהרא"ש ז"ל בפירוש דברי הרמב"ן ז"ל כדי שיכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו אבל למהריב"ל ז"ל ס"א כלל י"ז סי' ז' והרשד"ס חלק ח"מ סי' קנ"ו ומשפטי שמואל סי' ק"ג ומהרש"ך ח"ב סי' פ"ח וקנ"ז ור"י ומהר"א ששון ז"ל בסי' מ"ב והרא"ר"כ ז"ל בתשובה סי' קי"א ומהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סי' כ"א שכתבו דהרא"ש והרב בעל הטורים ז"ל תרי כחו' נינהו אין צורך לזה דיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ובנו בעל הטורים ז"ל אף שהרמב"ס והרמב"ן ז"ל יסברו כבעל העיטור ואבי העזרי ז"ל ומיהו אפי' לרב ז"ל שסובר דהרא"ש ובנו כח א' נינהו אין צורך לזה דכיון דהרא"ש ז"ל כתב שרשה רבותיו דכ"ן כן יכול המוחז' לומ' קים לי כהרא"ש ורבותיו

ומ"ש בני יקירי יצ"ו אף אם יהיה שמעון מוחזק ויאמר קים לי כהרב בעל הטורים דאינו יכול לגבו' מהא' בשיש לשני מבואר דט"ס הוא וצריך לומר ויאמר קים לי כהרב בעל העיטור וסיעתו דאינו יכול לגבות מא' כשיש לשני דאלו הרב בעל הטורים ודאי שסובר כשאין שיכול לגבות מא' כל החוב אף מ"ש דיכול לוי לומר לדידך דקים לך כהר"ב העיטור דאינו יכול לגבות מהא' כשיש לשני א"כ מה להם ולצרה לראובן ויהודה לפרוע בשבילך כמו שבא בשאלה שלוי לא היה כפרע אלא מראובן ויהודה והביא ראיה מהרשד"ס ז"ל כו' אין לו ענין בכאן דהתם בנדון הרשד"ס לוי היה טוען שראובן היה חייב לו חוב אחר ובשביל אותו חוב לקחם אבל בנדון הנז' כפי הנראה הבגד נשאר ביד ראובן ויהודה וממנו שהיה נמכר היו נותנין ללוי ואף מחלקו של שמעון ואין ראובן ויהודה חייבים ללוי ממקום אחר כדי שיהיה דומה לנדון

הרשד"ס ז"ל ומ"מ הדין דין אמת שיכול לוי להתפרע משמעון הכל כיון שראובן נתן ונשאר עירום מחוסר כל גם יהודה העני לכ"ע אף להרב בעל העיטור וסיעתו יכול לוי להתפרע משמעון חלק ראובן ויהודה כמו שפסק בני חמודי תורת אמת היתה בפיהו הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן מ"ט לכרכשי תיריא יע"א שנת התי"א

שאלה ראובן ת"ח שכרוהו בני עיר אחת ללמד את בניה לערך חמשים גרוש' בכל שנה להמשך ה' שנים וזה לשון כתב החיוב ונתחייבנו יחד כולנו לתת ולפרוע להחכם פ' בעד בניינו חמשים גרוש' בכל שנה וכמו כן לפרוע בעדו שכירות הבית ועל כל הנז"ל נטלנו קנין גמור ושלם במדל"ב ונשבענו שבועה חמורה ע"ד ההב"ה וע"ד הנשבעים באמת וע"ד החכם כו' וכמו כן קבלנו עלינו חומרת נח"ש לקיים כל הנז"ל והש"ת יגן עלינו וחתומים על כתב החיוב רובה של עיר ראשיה וקציניה וטוענין הק"ק שהחכם ילך ויגבה מכל א' וא' הקצב הנוגע לו כפי טריכתו והחכם טוען שאינו רוצה בכך דטריחא ליה מילתא ולא כסה באלה גם אינו לפי כבודו לא שרוצה לגבו' מא' מבני הקהל או שנים מתי שירצה והם יגבוהו מכל הקהל והקהל משיבין שיגבה מכל הקהל איש לפי חלקו ובשלא יוכל לגבות מכל הקהל יפרעו הם יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה איברא שזו מחלוקת ישנה בין הפוסקים דיש מהם סוברים דשנים שלוו מאחד אע"פי שלא כתבו שהן אחראין וערבאין זה לזה אלא כתבו אנו פ' כו' לוינו מפלוני מנה רשאי המלוה לגבות חובו ממי שירצה אפי' יש לאחר וזה דעת הרמב"ם ז"ל לדע'הרב בע"הת והרב בעל הטורים ז"ל ודעת הרמב"ן ז"ל לדעת הרא"ש ז"ל ויש מהם סוברים דדוקא כשאין אחד מהם יכול לפרוע אפילו חלקו חוזר על האחר לפרוע חלק חבירו מדין ערב אבל אם יש נכסים לשניהם אינו יכול לגבות מתי שירצה חלקו וחלק חבירו וזה דעת הרמב"ם ז"ל לדעת הגאון מהר"י קולון ז"ל ודעת הרמב"ן ז"ל לדעת הבעה"ת והרב המגיד והר"ן ז"ל ונמקי יוסף והובא מחלוקת זה בארוכה בטור ח"מ סי' ע"ז ובב"י שם ולענין הלכה העלה הרב בב"י דנקיטינן דכשיש לו אינו גובה מן האחר כל החוב (הגהה ובתשובה אחרת סי' מ"ח מהחלק הזה כתבתי שכן הסכימו הריב"ז והרא"ר"כ והב"ח וכתבתי שבלא פסק זה סוגין דעלמא דיכול המוחזק לומר קי"ל וכן נראה דעת הגאון מהר"י קולון ז"ל שבשרש ק"ך פסק דגובה מאחד כל החוב ובשרש קפ"ג פסק דאינו גובה אלא החצי והטעם שהכל לפי החזקה דבשרש ק"ך שמי שרוצה לגבות כל החוב מא' היה מוחזק פסק שיכול לגבות כל החוב מהא' ובשרש קפ"ג שהיה מוחזק הלוה פסק שאינו יכול לגבו' אלא החצי וכן כתבתי בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ע"ז בהגהת ב"י אות ח' ועיין עוד שם ע"כ ההגהה)

אמנם אין דברים הללו אמורים אלא כשאין שם שבועה אבל בנדון הלז שיש שם שבועה וחרם כל אפיא שוים שכל שהחכ'המלמד דורש מאתו חלקו וחלק חברו יפרענו תכף ומיד כדי שלא יעבור על שבועתו ועל חומרת החרם שככר ידוע ומוסכם מהכל שספק שבוע' או ספ' חרם להחמיר ואפי' לדעת הר"ס מפדוה ז"ל שכתב בסי' ע"א דאף בחרם ספקו להקל מודה הוא שספק שבועה להחמיר ואם כן בנ"ד דלמקצת רבוותא מן הדין יכול להתפרע הכל מאחד אף אם ירצו הקהל ליתלות עצמם בסברת הרב בעל העיטור ליפטר

מן

מן המתמון אריא דספק שבועה וספק חרם רביע עלייהו וכבר חקרתי בתשובה אחרת בדבר שיש בו איסור וממון אם יכול המוחזק לומר קים לי והעליתי כדעת הרשד״ם חי״ד סי׳ מ״ב דהיכא דהמחלוקת הוי ספק דאורייתא לא מצי המוחזק לומר קים לי ואע״פי שלדברי מהרש״ך ז״ל ח״ב סי׳ ר״ג נראה דיכול לומר קים לי בח״ג סי׳ נ׳ השכים לאינו יכול לומר קים לי (הגה״ה בפרט הזה בדבר שיש בו איסור וממון אם יכול לו׳ קים לי הארכתי בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן כ״ה בהגהת ב״י מאות מ״ו עד אות ע״א ושם כתבתי מי הם האומ׳ דיכול לומר קי״ל ומי האומרים דאינו יכול ע״כ ההגה״ה) ולאו דוקא שהוא עצמו יחוש לספק חרם או ספק שבועה אלא אפי׳ ב״ד כופין אותו להשלים שבועתו כמו שכתב הריב״ש בתשובה סי׳ שנ״ה והביאה הרב ז״ל בב״י ח״מ סי׳ רי״ב דהמקב׳ דשב״ל או בהשמכתא אם כשבע ב״ד כופין להשלים שבועתו והודו לו כל הבאים אחריו ואע״פי שמהריב״ל ז״ל כתב בתשובה ח״א סי׳ ע״ו דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב פטור דמנה אין כאן שבועה אין כאן כל הבאים אחרי הרב ז״ל חלקו עליו בזה והסכימו דאע״פי דמצד הדין לא קנה ב״ד כופין אותו להשלים שבועתו והכי אולא סוגיא דעלמא (הגה״ה עיין מ״ש בזה בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן ס׳ בהגהת ב״י
אות מ״ט ע״כ ההגה״ה)

וכל זה שכתבתי משנה שאינה צריכה לנ״ר דבכ״ר אליבא דכולהו רבוותא הדין עם החכם המלמד להפרע ממי שירצה ואח״כ יגבה הפורע משאר הקהל אף אם לא יהיה כאן שבועה כ״ש בהיות הדבר בשבועה ובחרם תחת שלא שאף שהרי כתב מהר״י קולון ז״ל בשרש ק״ך שלא נחלקו הפוסקים אלא בבנים שלא היו שותפין ולוו שניהם כיחד ורוצים לחלק המעות אבל בשותפין שלוו לצורך השותפו׳ לכ״ע יכול לגבות המלוה ממי שירצה ואע״פי שהרב בב״י ז״ל חלק ח״מ סי׳ ע״ז כתב שאין דבריו נראין לו מכאן ראיה למהר״ם מטר אני ז״ל בח״א סי׳ קע״ז ומורי הרב ז״ל חלק ח״מ סימן ק״ו הסכימו לדברי מהר״י קולון ז״ל וכתב מורי הרב ז״ל שקמחו סולת נקיה מנופה בי״ג נפות כו׳ יע״ש ואם כן ה״ל הרב יחיד לגבי רבים ואין הלכתא כוותיה וכיון שזכינו לדין זה שעיקר כדברי מהר״י קולון ז״ל אמר מעתה דבנדון שלנו הדין עם החכם המלמד שהרי הקהל הם שותפין זה עם זה לכל הוצאותיו כמ״ש הרא״ש ז״ל בתשובה וכיון שהם שותפין שלוו לצורך השותפות דיכול להתפרע ממי שירצה כדברי הגאון מהר״י קולון ז״ל (הגה״ה בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סי׳ ע״ז בהגהת ב״י אות י״ז כתבתי דמהרש״ך בח״ב סי׳ ר״י סובר כהרב ז״ל בב״י וא״כ ה״ל תרי ויכולין הקהל שהם מוחזקים לומר קים לן כהרב ב״י ומהרש״ך ז״ל דאפי׳ בשותפין שלוו אין גובה כל החוב מאחד אם יש לשני ונמצא שמהכלל
הזה לא זכה החכם המלמד ע״כ ההגה״ה)

וזאת שנית דע״כ לא פליגי הנך רבוותא אלא בבנים שלוו דאפשר המלוה ניחא ליה דלהוי לומר שאפשר לכל א׳ ואחד ללוות חלקו כפני עצמו ולא להשתעבד בשביל חבירו ואף אם הלוה לא יקיף מעותיו כי אם לשנים כשיהיו ערבים כל אחד ואחד בשביל חבירו מגי׳ אבל בשכירות המלמד וכל דדמי ליה דלא היה נשכר אלא ולא היה גולה ממקומו לבא אם לא בכסף הקצוב שקבלו עמו אמירא דמוכח הוא דכל אחד נתחייב בעד כל השכירות כדי שיבא החכם המלמד ללמדם ספר ויכול לגבות קבלתו ממי שירצה וראיתי להרש״ם ז״ל בחלק י״ד סימן ק׳ כתב כלשון הזה ויכול לגבות חלקו מאחד מבני העיר בעד כל הנ׳ קהלות אחר שכולם נשתתפו בדבר ואח״כ יגבה הוא מכל א׳ מהקהלות הערך המגיע לכל קהל ודמי זה למ״ש הטור ח״מ סי׳ ע״ז דנמלינן לה דין מאם דלכ״ע בכ״ר יכול לתפום פרעון שכרו מאחד מבני העיר בעד כולם וכ״ש בהיות החכם מוחזק כו׳ ע״כ ומשכתב וכ״ש בהיות החכם מוחזק נראה ברור דעל השתא היה מדבר אפי׳ שהח׳ אינו מוחזק ותמה אני למה השכים דלכ״ע יגבה ממי שירצה כיון דאיכא פלוגתא והק״ק מוחזקין יכולין לומר קים לן כבעל העיטור וסיעתו ורגיל הרב בספריו להחזיק המוחזק בשלו בפלוגתא דרבוותא ועוד אפי׳ נימא שדעת הרב ז״ל לפסוק כמ״ד דיכול לגבות ממי שירצה מ״מ קשה למה כתב דלכ״ע הדין כן ולדעת בעל העיטור וסיעתו אין הדין כן ואומר אני שדעת הרב ז״ל חדא מתרתי מהנך נווני דכתיבנא או מפני שהקהל הם שותפין או שבשכירות המרבין תורה לא
דמי לשנים שלוו ואע״פי כן סתם דבריו יותר מדאי

עוד אחרת יש בנ״ר דאפי׳ נימא דהקהל לא הוי כשותפין ודמי לשנים שלוו לכ״ע יגבה ממי שירצה החכם המלמד מפני הלשון הכתוב בכתב החיוב ונתחייבנו יחד כולנו לפרוע לחכם כו׳ וזה הלשון מורה בבירור שפירשו בפירוש שנתחייבנו כל א׳ ואחד בעד כל השכירות דלכ״ע גובה ממי שירצה אי ממשמעות הלשון כמ״ש אי משום לישנא יתירא שהיה די לומר ונתחייבנו לתת כו׳ מדכתב ונתחייבנו יחד כולנו לישנא יתירא הוא ולאפויי אתא להתחייב בכל החוב ואע״פ שהרשב״א ז״ל בתשובה סגר לנו את הדלת ולא נתן רשות להשתמש בלישנא יתירא אלא באות׳ הנמצאים בתלמוד כמ״ש מהריב״ל בס״א כלל י״ו וכלל י״ט סימן ק״ק היינו דוקא בדבר שמה שאנו רוצים לדון מכח לישנא יתירא אין זה במשמעותו אבל בנדון שלנו דמשמעות הלשון משמע מה שאנו רוצים לדון מכח לישנא יתירא יש לנו להשתמש בלישנא יתירא וכבר נזכר חילוק זה במהר״י אירבי ז״ל סי׳ ס׳ (הגה״ה חלוקים אחרים יש בזה כתבתים בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן ס״א בהגהת ב״י מאות מ״ח עד אות ס׳ ע״כ ההגה״ה) ועוד אני אומר דע״כ אין לנו רשות להשתמש בלישנא יתירא אלא דוקא בדבר היוצא לדון בדבר חדש מכח הלשון המיותר אליבא דכ״ע דאם לא היה אותו הלשון המיותר לכ״ע לא היינו דנין מה שאנו באים לדון מכח הלשון המיותר אבל בנ״ר דאף בלא יתור הלשון למקצת הפוסקים ז״ל הדין כן דיינינן בלישנא
יתירא

כלל העולה דבנדון שלנו יכול החכם המלמד לגבות תנאו ממי שירצה ואם אינו רוצה ליתן מלבד שעובר על החרם ועל השבועה כופין אותו ב״ד על כך ומוציאין ממנו כדין הנלע״ד כתבתי הצעיר חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן נ

איזמיר שנת התי״ז להר׳ אפרים ארדיטי
יצ״ו

שאלה ראובן שמעון ולוי שותפין לזמן קצוב במלאכת הסרסרות ולראובן פתח סוחרים פלאמינגוש ולא היו הסוחרים הנז׳ מאמינים לשום גברא זולתי בעבור ראובן הנז׳ סרסור שלהם כנודע זה מראש מקדם לשמעון ולוי הנז׳ ועשה ראובן סחורות הרבה הן לישראל הן לאומות והיה נכנס ערב בעד הלוקחים הנז׳ כדי לעשות ריוח בסרסרות כנודע לשותפים הנז׳ ובכללם נעשה ערב בעד סוחר גוי שהיה בחזקת בטוח ועשה לו סחורה אחת מסך גדול והוצרך ליכנס ערב בעד סך מה מהסחורות שנתנו בידו הסוחרים פלאמינגוש הנז׳ כנודע לשמעון ולוי ושהם שלחו אותו ליכנס ערב פעם אחת בעד שלשים מאות פיאל״ו די קאב״רא״ש שנים קרוב לעשרת אלפים

אלפים גרוש' בכאותו האחרון אשר ממנו נשאר חייב לראובן הנז' מה שנשאר ונמשך שנגמר נקיון הסחורה ההיא נשאר הערל הנז' חייב לסוחרים הנז' סך גדול והוצרך למסור ביניהם כאוזר א' ועתה בסוף נקיון הבאוזר האחרון נשאר הערל חייב לראובן סך מה פחות ממה שהיה חייב לו משארית הבאוזר הראשון וקודם לכן עשה ראובן חשבון עם שותפיו מכל מה שהרויח הוא והם בסרסרות וחלקו כפי החשבון והתנאי שהיה ביניהם ואז אמר ראובן לשותפים כי אף שהוא עושה חשבון עמהם על כל המגיע לו מסרסרות הפלאמינגוש כי הוא שמע מאנשי הבית שלא היו רוצים לפרוע רק מעט מזער ואמרו לו שודאי שאם לא יפרעו לו אלא יותר מעט שהם יגבו לפי חשבון והנה דבר גביית סרסרות הפלאמינגוש הוא תלוי ועומד אך הערל החייב נשבר ואכל את כל אשר לו בידו קרוב לאלף ושני מאות גרוש' ושואל מהשותפים האחרי' חלקם בהפסד הנז' כאמרו כי הוא עשה זה ליכנס בערבות הנז' כדי ליקח קרו' לאלף ומאתי' גרוש"ים סרסרות ומתנות מהערל הנז' הנשבר וקרוב לת"ק גרוש"ים מהסוחרי' הפלאמינגוש הנז' עבור שבאוזרים של הערל הנז' יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה ׃

תשובה

זו אינה צריכה לפנים דאחר ההנחה שהשותפות נעשה כדינו אין ספק דודאי חייבים השותפים הנז' לפרוע חלקם לראובן בהפסד החוב הנז' ול"מ לדעת הרמב"ן ז"ל שהביא הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ע"ז ס"ג דשותף שלוה אחד מהם מאחד השני משתעבד ופסק הרב ז"ל בב"י כמותו בהסכמת הרב מהר"א מטראני ז"ל וכן פסקו הב"ח וכן נראה הסכמת מהר"ס מטראני ז"ל ח"א סימן קפ"ב והרא"נ ז"ל ח"ב סימן נ"ו ומהר"ם אלשי"ך ז"ל בסימן כ"ה אלא אפילו לדעת הרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"ט סימן נ' הביאה הרב בעל הטורים ז"ל בסימן הנז' שכתב שהשני אינו משתעבד ופסק בספר המפה כמותו ומהריב"ל ז"ל בס"א כלל י"ו סימן כ' ומהרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן ק"ן ומהרש"ך ז"ל ח"ב סימן פ"ח וקכ"ז ור"י ומהר"א ששון ז"ל סימן קל"ה והרא"ר"ב ז"ל בתשובה כ"י סימן ק"ו ופליטת בית יהודה סימן ך' דיכול המוחזק לומר קים לי כבר כתב הרב ז"ל בב"י בשם רבו הרב מהר"י בי רב ז"ל שלא חלק הרא"ש ז"ל על הרמב"ן ז"ל אלא במלוה סתם אבל בדבר שידוע מן הענין שלצורך השותפות היה אפי' הרא"ש ז"ל יודה שנתחייב וכן דעת מהר"ס מטראני ז"ל ח"א סימן קפ"ג ומהר"מ אלשי"ך בסי' כ"ה ומ"ת ומהר"י הלוי ז"ל סימן קכ"ד ומהרא"ש הובאו דבריו בספר משפט צדק ח"א סימן כ"א ובעל גדולי תרומ' בדף ר"א ואכס א'הובאו דבריו בס'פליטת בית יהודה סי' י"ט וס' המפה

ואע"פ שהרב ז"ל גם בב"י בפסק הוראתו מוכיח שחולק על הרב רבו ז"ל וסובר דהרא"ש ז"ל חולק על הרמב"ן ז"ל אפי' בדבר הידוע מן הענין שלצורך השותפות לקח וכמ"ש בספר כנסת הגדולה סי' ע"ו וכן מצאתי למהר"א ששון ז"ל סימן קל"ה הסכים דהרב ז"ל בב"י חולק על רבו מהר"י בי רב ז"ל גם להרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן ק"ן דאיתי שסובר דדעת הרא"ש דאפי' בדבר הידוע שלצור' השותפו' לקח אינו משתעבד וכ"כ מהרש"ך ז"ל ח"א סי' קכ"ג וח"ב סי' קכ"ז ור"י

וקרוב לזה הוא דעת מהריב"ל בס"א כלל י"ו סי' כ' מ"מ כבר כתב הרא"נ ח"ב בח"כ סי' כ"ו שלא נחלקו הגדולים אלא כשהשותף השני לא נהנה מאותה הלואה אבל אם נהנה מאות' הלואה לכ"ע משתעבד ומהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סימן קכ"ד כתב דלא נחלקו הגדולים הללו אלא בשותפין ששניהם מתעסקים בעסק השותפות וגם שניהם מוזכר בכל השטרות אבל אם השותף הוא לבדו נושא ונותן וכל העסק הוא על שמו לכ"ע משתעבד השני ובעל משפט צדק ח"א סימן כ"א הביא תשו' אחת למהרא"ש ז"ל שכתב שלא נחלקו הגדולים הללו אלא לענין שאין המלוה יכול לתבוע מהשני אבל לענין אם פרע הראשון למלוה או שאירע הפסד באותו ממון ודאי שהוא לחצאין כיון שנכנס אותו ממון בשותפות ועוד כתב מהר"י הלוי ז"ל בסי' הנז' דלא כתב הרא"ש ז"ל דהשותף השני אינו משתעבד אלא שלא יצטרך לפרו' חלקו משלו אבל אם יש מממון השותפות נפרע חלק חבירו ממעות השותפות ומכלל האמור יתבאר לך דבנדון שלפנינו לכ"ע נשתעבדו הנכנסים לראובן לפרוע חלקם דמה לי לוה לצורך השותפות מה לי נתערב לצורך השותפות ובביאור כתב מהרש"ך ז"ל בח"ב סימן פ"ח בנדון שלו שהיה בערבות שנתערב לאחר דאי לאו מטעמא שהערבות היה שלא לצורך השותפות היינו נכנסים במחלוקת הרמב"ן והרא"ש בשותפין גם הרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' נ"ג סכ"ג כתב שכל מה שנתערב השות' לצורך השותפות חייב לפרוע השותף האחר עוד אני אומר אפי' נניח שראו' שיהא בשותפות שלא מדעת השותפין כבר כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה"ש עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח"כ הודיעו ואמר לו עשיתי כך וכך והסכים למעשיו הרי זה פטור ואין הדברים האלו צריכין קנין אלא בדברים בלבד ע"כ וכתב הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' שמ"ח ורי"ט דלא בעינן שיאמר הן אלא כיון שידע ושתק ולא מיחה הרי הסכים למעשיו וכ"כ הרא"נ ז"ל בח"א סימן פ"ד ואפי' למ"ש מהריב"ל ז"ל בס"א כלל ה' דף ע"א ע"ב דמתוך דברי הרמב"ם ז"ל נראה דשתיקה לאו כהודאה דמיא וכן נראה מדברי הר"י אדרבי ז"ל סי' קל"ד וכן הסכים בעל משפט צדק בח"ב סי' כ"ו כבר כתב גם בעל משפט צדק דאם סהרו חשבונותיהם ולא הזכירו לו אבידת הברור לכ"ע מחל והכא בנ"ד לכי הנראה מהשאלה כשהיו עושין חשבון השותפין מהריוח אשר הזמין ה' להם יודעו מן הערבות שנכנס ראובן אם לא שנאמר שהם היו סוברים שלא היה' הערבות הזה בשביל השותפות ולכן לא מיחו אלא שאין אנו צריכין לזה בנ"ד שהרי כשותפם היה נכנס ערב לתועלתי השותפות שהרי כבר שלחו לו ליכנס ערב בעד שלשים משאות' שמאותו הערבות נמשך הנזק הזה ככתוב בשאלה ואפי' תימא' דערבות הזה האחרון לא נמשך משה' הערבות הראשון הרי כתב הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ דכל שידעו השותפין מעשה שמעון איעתא דהכי התחילו להתעסק וכן בנדון שלפנינו כבר ידעו שותפי ראובן שלא היו הסוחרים מאמינים לשום גברא זולתי בערבות ראובן כסהור שלהם כמ"ש בשאלה ואדעתא דהכי נשתתפו

ומלבד כל מה שכתבתי אני רואה טעם בטענת שותפי ראובן שאינם רוצים ליתן חלקם בהפסד שהפסידו במה שנתערב לערל שהרי כתוב בשאלה שהוא עשה כן לתועלי' הנמשך מהערבות קרוב לאלף ומאתים גרוש' סרסרות ומתנו' מהערל וקרוב לת"ק גרוש' מהסוחרים פלאמינגוש וכיון דבערבותו של ראובן הריוח יתירה על ההוצאה היאך יכולין שותפי ראובן לומר לו שלא יתנו לו חלק בהפסד א"כ לא יקחו חלק בריוח ונמצא שמפסידים חלקם בת"ק גרוש' שלקחו מהסוחרי' פלאמינגוש שמא תאמר ירם על העליון אם הפסיד הפסיד לעצמו ואם הרויח הרויח לאמצע כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה"ש והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' קע"ו סי"ז הא ליתא דלא כתבו כן אלא היכא דשינה או נשתתף עם אחרים במעות השותפות אבל כל שלא נשתתף בממון השותפות אלא במשך

בממון עצמו אם פחתו פחתו לעצמו ואם הרויח הרויח לעצמו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל שם וא"כ בנדון שלנו שאינם שותפין במעות שמשו לכים אלא שותפין בסרסרותם כל שעשה דבר שהשותפין יכולים לומר הכר הדין שאינם רוצים באותו דבר הרי הוא כמשתתף עם אחרים במעות עצמו דאם פחת פחת לעצמו ואם הרויח הרויח לעצמו וליכא למימר דבנדון דידן שעשעבדו נוכם לסרסרות הרי הוא כמשתתף עם אחרי' במעות השותפות שבאותה שעה שנתעסק בסרסרות זה היה יכול להתעסק בסרסרות אחר מבלי שיהיה שם הפסד לדבר זה אין לו שחר דבשלמא אם היה שנזדמנה לו סרסרות אחר ועזבו ועשה זה הסרסרות היה מקום לומר דנתעסק או נשתתף עם אחרים במעות השותפות אבל כל שהיה שם סרסרות אחר מזומן היאך נחייב לראובן על הספק ועוד הרי כתב הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קע"ו שדין הרמב"ם ז"ל אפי' בשאינן שותפין אלא בסך פ' ואלצריך סר"א כיון דאין לו להתעסק בסחורה אחרת מפני שמתרשל בעסק שותפות זה כי נתעסק בסחורה אחרת יהא הריוח לאמצע קמ"ל ע"כ והדברים ק"ו אם בנדון הרמב"ם ז"ל שאם לא היה עוסק בסחורה זו היה עוס' בסחורה המשותפת אפ"ה אם הרויח הרויח לעצמו כ"ש בנדון שלנו שלא היה שם אלנו סרסרות אחר מזומן שאם הרויח הרויח לעצמו ואיני רואה טעם בטענה זו שטוענין שותפי ראובן אם לא שמלבד שלא לקחו הסרסרות של סחורה זו לא מהטרל ולא מהפלאמינגוש אבדו אלף ומאתים גרוש' קרן וכבר כתבתי דאפ"ה חייבין לפרוע חלקם לראובן בהפסד הנלע"ד כתבתי
הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן נ"א איזמיר להחכם השלם כמה"ר משה עובדיה כר"ו מנהם התט"ו

שאלה יורינו מורינו ורבינו יתומים שהוציאו על אביהם שט"ח מקויים אם טענינן ליתמי שמא היה לאביהם שובר ושברו בפול מן השמים

תשובה לפי מה שנא בשאלה שלא נסתפקו אלא אי טענינן ליתמי שמא שובר היה לאביהם הא ודאי פשיטא דלא טענינן להו הכי והוא פשוט מהדין המוסכם דאין נפרעין מיתומים קטנים עד שיגדלו ומוכח דלכשיגדלו נפרעין מהם וכמו שמבואר בדברי הרב בעל הטורים בח"מ ראש סי' ק"י ובתשובת רבינו האיי גאון ז"ל שהביא שם הרב בב"י ז"ל ואם איתא דחיישינן שמא היה לאביו שובר אפי' כי גדלי יתמי לא יפרעו מהם שמא יש לאביהם שובר אלא ודאי לא חיישינן לזה וכן יש להוכיח ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפכ"ו מה"מ דהיכא שמת הלוה והניח יתומים קטנים ויש למלוה ערב שנזקקין לנכסי ערב אע"פי שהיתומים קטני' ולא אמרי' סוף סוף ערבא בתר יתמי אזיל ונמצא נזקקין לנכסי קטן שהרי אין הערב יכול לגבות מהם עד אשר יגדלו ע"כ ואם איתא שיש לחוש לשובר אפי' אחר אשר יגדלו אינו יכול לגבו' מהם וכן יש להוכיח ממ"ש בס"הת שער י"ד הביאו הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ק"י מחודשין א' וז"ל כתב בעל התרומות בשער י"ד ומסתברא דאי כתוב בכתובה נאמנות על היתומים דלא מהני ליתומים קטנים כמי שאינם ויש לחוש דכי גדלי משכחי תברא להפסיד הנאמנות ע"כ מדברים אלו נראה ברור דלכי גדלי ולא משכחי תברא אין טוענין שמא היה לאביהם שובר וזה פשוט אין צורך להאריך

האמנם מה שיש לי ספק בזה שלא עמד בו החכם השואל אם גזרת הדיינין שגזרו שיתן שמעון לראובן סך מה היא כשטר ולא היה יכול לטעון שמעון בחיים חייתו פרעתי ואף אנו לא טענינן ליתמי שמא פרע אביהם דלא טענינן להו אלא כל מאי דהוה מצי אבוהון למטען או אם אינה כשטר ואם היה שמעון בחיים חייתו היה נאמן לטעון פרעתי וכ"ת שאם לא מת שמעון בתוך זמן קצוב לפרעון היה נאמן לומר פרעתי אחר הזמן ואף אנו טוענין ליורשים שמא פרע אביהם דאם מת שמעון תוך זמן הקצוב תוך זמנו מיקרי וכמו שנראה מדברי הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן נ' שכתב כשרנים שגזרו שיתן ראובן סך מה לזמן קצוב ומת תוך הזמן הקצוב נפרעים מהם ומסתפק אני דשמא לא אמרה הרשד"ם ז"ל אלא דוקא בפשרנים אבל ב"ד שקבעו ליתן סך כך לזמן פ' ומת תוך הזמן אין נפרעין מהם והביאני לזה מה שראיתי להרמב"ן בחדושי בתרא שלו והביא דבריו בספר מורה לדיק דב"ד שקבעו זמן לחייב שיפרע עביד איניש דפרע גו זמן ב"ד ולפי זה אם מת תוך הזמן טענינן ליתמי שפרע תוך הזמן וכדי שלא יהא מותר למ"ש הרשד"ם ז"ל צריך לחלק בין ב"ד שקבעו זמן לחייב לפשרנים שקבעו זמן לפשרה אי נמי יש לחלק בין קבעו זמן בע"פ לכתבו כן בכתב אי נמי יש לומר דאע"ג דאי איהו טעין הכי נאמן ליתמי לא טענינן הכי דהוי מילתא דלא שכיחא ומילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי דומיא דכלבא דאי טעין איהו מהימן ואי לא טעין איהו לא טענינן ליתמי כאבא משום דהוי מילתא דלא שכיחא ולרובא דרבוותא וכמעט כולם נפרעים מיורשים אפי' קטני' כשבא תוך זמנו כמו שמבואר בב"י ח"מ סי' ק"ח

וראיתי להרא"ש ז"ל בתשובה הביאה בספר הטורים סי' ס"ע סט"ו וז"ל וגם השאלה השניה שראובן הוציא פסק דין על יורשי שמעון שאביהם נתחייב לו שבועה על עסק תביעת ממון והם אומרים שמא נשבע או פרע לך היא בכלל תשובה זו כיון שאביהם לא היה חייב אלא שבועה הם פטורים אף בלא שבועה אלא מחרימין סתם במעמד היורשי' כדמפורש לעיל ע"כ מתשובה זו יש להוכיח לכי פשט' דוקא משום שהפסק דין היה שאביהם לא היה חייב אלא שבועה פטורים הא אם הפסק דין היה שאביהם היה חייב ממון חייבים אבל זה א"א בשום פנים דהרי בתשו' התשובה למעלה הביאה בספר הטורים בסי' הנז' כתב שאף שיש כתב יד של אביהם שחייב לו טענינן ליורשים שמא פרע וא"כ ה"ה הכא דאע"ג דהפסק דין היה שהיה חייב ממון טענינן להו שמא פרע

ושמא תאמר כתב יד שאני מפסק ב"ד דפסק דין אית ליה קלא והוי כמלוה בשטר הא נמי ליתא שהרי הרא"ש ז"ל בפ"ק דמציעא טוען דבין אמרו לו חייב אתה ליתן בין אמרו לו צא תן לו ואמר פרעתי נאמן ולכן נ"ל דהרא"ש ז"ל לרווחא דמילתא נקט הכי אבל אה"נ דאפי' היה אביהם חייב ממון פטורים וכמ"ש בספר בדק הבית וכן ראיתי לר' ירוחם ז"ל בנכ"ו ח"ג כתב אם אדם כפר וחייבוהו ב"ד שבוע' ומת לא משלמי יורשיו ואפי' הודה לא משלמי יורשים שמא פרעו קודם שמת ע"כ הנה שכתב הרב ז"ל דאפי' הודה שחייב ממון לא משלמי יורשים ומסתמא אפי' נתנו פסק דין ביד התובע ומ"ש המרדכי סוף בתרא מצאתי בתשובה ר"ג שמי שנתחייב ממון בב"ד עבור מלשינו' ומת אפי' למ"ד מלוה ע"פ לא גביא מהיורשים הכא כיון שעמד בדין קלא אית להו אבל אם חייבוהו ב"ד קנס לא קנסו בנו אחריו ובזמן הזה מלוה ע"פ גביא מן היורשים אפי' ממטלטלי ע"כ ויראה כוונתו ז"ל דלא הוצרך ר"ג לומר דכיון דעמד בדין קלא אית ליה וה"ל מלוה בשטר אלא לדידא דגמ' דמלוה על פה אינה ניגבית מן היורשים אבל בזמן הזה דאפי' מלוה ע"פ גובה מן היורשים אפי' שלא עמד בדין כל שאינו קנס אלא שנתחייב ממון עבור מלשינות גובה מן היורשים דליכא לפרושי שבוע' המרדכי

ז"ל לומר שבזמן הזה שגובין מלוה ע"פ מן היורשים אף אם חייבוהו ב"ד קנס גובין מן היורשין דכיון דהוא קנס לגבייה קנסו לבריה לא קנסו כדאמרינן בפרק מי שהפך ומן כתב המרדכי ז"ל בפרק החובל בשם ר"י בר אברהם ומהר"ם ז"ל אינו ענין לכאן דהמרדכי ז"ל שם לא עסיק אלא אם נקרא מלוה על פה ואינה נגבית מן היורשים הו לא נקרא מלוה על פה וגיגבי' מן היורשי' ומיהו דוקא כשידוע לנו שלא פרע אבל אם אין ידוע לנו שלא פרע אף אם אינו נקרא מלוה ע"פ לענין שנגבית מן היורשים מ"מ טענינן ליתמי שמא פרע באופן שהרא"ש ז"ל סובר דאפילו יש פסק דין בידו שחייב ליתן לו כך וכך נאמן לומר פרעתי והיא סברת רש"י ז"ל והרא"ש ז"ל בפ"ק דמציעא וסברת אבי העזרי שהובאה במרדכי בפ' הנז' ולדעת הרב בעל הטורים ז"ל בסי' ל"ט היא ג"כ סברת הרמב"ם ז"ל אבל לדעת מהר"ם ז"ל אינו נאמן והבי' מחלוקת זה הרב ב"י חלק ח"מ סי' ע"ט

הכלל העולה בנדון שלפנינו לדעת אבי העזרי וסיעתו שאם היה הוא טוען פרעתי בחיים חייתו נאמן אף אנו טענינן ליורשים שמא פרע אבוהון ולדעת מהר"ם ז"ל וסיעתו דאינו נאמן לא טענינן ליורשים שמא פרע אבוהון ולענין הלכה הרלנ"ח ז"ל בסימן ק"ט האריך בכל המכרות וכתב שדעת הרי"ף ורש"י והרמב"ם והרא"ש והטור ורבינו ירוחם והעיטור והסמ"ג ור"ח ורבינו אפרים והר"ן בחדושין פ"ק דמציעא סוברים כמהר"ם דאינו נאמן וזולת ראבי"ה שסובר דנאמן וה"ל יחיד לגבייהו ולמעשה אית לן למיפסק ככל הכהו רבוותא דסברי דאינו נאמן ע"כ וכן פסקו הרב ז"ל בבדק הבית סי' ל"ט והרדב"ז ומהר"י קורקוס ז"ל הובאו דבריו במהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' רפ"ט אבל מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' קמ"ז ורפ"ט ור"ז העלה דנאמן לומר פרעתי והאריך בסי' רכ"ט ור"ז להוכיח סברתו ומהריב"ל ז"ל בס"א דקנ"ד כ' דיכול המוחזק לומר קים לי וכתב שם דראבי"ה ז"ל הוי יחיד בדבר הזה ולי קשה דהא ריב"א ז"ל קאי כוותיה גם ראבי"ה בשם אבין קאמר לה מלבד כמה רבנים אחרים שהביא הרב המבי"ט בסימנים הנז' דסוברי' כראבי"ה דנאמן ותמיה לי על דברי הרלנ"ח ז"ל שמנה להרא"ש ז"ל בכלל הסוברים דאינו נאמן והרי נתבו' שהזכרתי למעלה סובר דנאמן ושמא הוא ז"ל יפרש אותה כשבט' דדוקא בשהפסק דין כתוב שאינו חייב אלא שבועה אבל אם הפסק דין כתוב שחייב ממון אינו נאמן

מעתה בנדון שלפנינו שהיורש הוא מוחזק יכול לומ' קים לי כמ"ד דנאמן לומר פרעתי וטענינן ליתמי מאי דהוה מצי אבוהון למטען ומה גם שכתב מהר"ם מטראני ז"ל בסי' הנז' דאפי' לדעת מהר"ם ז"ל שסובר שאינו נאמן היינו בשהוא פסק דין שנעשה על חוב ידוע אלא שהוא משתמט מלפרוע אבל פסק שלא היה ידוע שהיה חייב וחייבוהו ב"ד לא נכתב אלא להודיע שהוא חייב ומצי למימר פרעתי ע"כ ומסתמא בנדון שלנו הכי הוה עובדא שלא היה חוב ידוע •

ומ"ת הנה לראובן שיגבה מיורש שמעון ולא יוכל יורש שמעון לטעון שמא פרע אבי מת"ש הרלנ"ח ז"ל בסי' ק"י דאפי' לדעת ראבי"ה דנאמן לומר פרעתי אם יש ביד התובע שטר בירורין כתוב וחתום שנפלו קנין לקיים כל מה שיגזרו עליהם ומכח אותו הבירור גזרו הדיינין מה שפסקו אינו נאמן ע"כ עשו שטר בירורין לקיים כל מה שיגזרו עליהם הדיינין ואין צורך לשטר עצמו אלא כל שמתוך הגזרה מוכח שגזרו מכח שטר ברורין די אך לבי נוקפי שמה שראיתי להגהות מיימון בפ"ו מהלכות טוען בשם מהר"ם שסוברים שאינו נאמן לומר פרעתי ואע"פי כן כתבו דאם איחר הפסק דין בידו כמה ימים ולא תבע סברא הוא דנפרע מדשתק

כולי האי והדיינים ז"ל לומר לנתבע שיתנו הפסק דין לתובע ואם אמרו לו הדיינין שלא אמרו לו נהאן לומר פרעתי ואם שכחו אם אמרו לו אם לאו חזקה שהם עשו כדין ואמרו לו שיתנו הפסק דין לתובע ע"כ ואם אבי' למ"ד דאינו נאמן לומר פרעתי אם איחר כמה ימים הפסק בידו ולא תבע סברא הוא דנפרע כ"ש למ"ד דנאמן לומר פרעתי דאם איחר הפסק דין בידו כמה ימים ולא תבע דנאמן לומר פרעתי וא"כ בנדון שלנו שעבר זמן רב ולא תבע דלכ"ע נאמן לו' פרעתי ואע"פי שלא נתבאר בנדון שלפנינו אם הדיינין אמרו לנתבע שיתנו פסק דין ביד התובע מ"מ כיון דספיקא הוא תלינן מסתמא חזקה שעשו כדין ואמרו לנתבע שיתנו פסק דין לתובע כדרך שכתבו ההגהות היכא ששכחו הדיינין אם אמרו לו אם לאו ואף שהר"י קורקוס ז"ל הובאו דבריו במהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' ר"ן כתב על דברי ההגהות שאר המפרשים לא חילקו בזה בספר המפה קנעה להלכה ולא יהיה אלא מחלוקת יכול היורש לו' קים לי כההגהו' והמפרשי' המביאים דבריהם ומיהו היינו דוקא היכא דשתק התובע ולא תבע בלי אונס אבל אם נתארך הזמן בע"כ של תובע ולא שתיק כלל אפילו לדעת ההגהות אינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש הרלנ"ח ז"ל בסי' ק"ט

עוד מצאתי עזר וסמך לראובן שיגבה מה"ש ראבי"ה ז"ל בטעם הנאמנות לומר פרעתי על פסק דין שאין זה דומה לשטר העומד לעדות ולראיה אבל הפסק דין כותבין מפני שאין הדיינין נאמנין לומר לזה זיכינו ולזה חייבנו אלא בזמן שבעלי דינים עומדין לפניהם וכשפרע אפשר שלא חש ליטול מידו ע"כ ודבריו תמוהים שהלכה רווחת דשנים נאמנין לעולם כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ו' סי' י"ד והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' כ"ג והריב"ש ז"ל בסי' ש' ותנ"ד ורבינו ירוחם ז"ל במישרים נ"א ח"א וספר תומת ישרים סי' קכ"א וכמו שהקשה עליו הרב בספר בדק הבית ודוחק לומר שראבי"ה ז"ל חולק על כל אלו הגדולים והרלנ"ח ז"ל בסי' ק"ט כרגש מזה וכתב שהנוסחא הנכונה כדברי ראבי"ה ז"ל שאין הדיין נאמן לומ' זיכיתי בלשון יחיד אבל שני נאמני' ואני אומר שאין צורך לשבש הנוסחא ואבי העזרי הדיינין דעלמא קאי ואיך שיהיה לפי זה בשנים דליכא טעמא לומר דהפסק דין כותבין מפני שאין הדיינין נאמנין לומר לזה זיכינו כשכותבין פסק דין לעדות ולראיה כותבין אותו וכן ראיתי בספר משפט צדק ח"א סימן ע"ו שכתב דכשהם שנים הפסק דין הוא לעדות ולראיה וא"כ בנ"ד שהיו הדיינין שנים הפסק דין שלהם הוא לעדות ולראיה ואינו נאמן לומר פרעתי לכ"ע וכ"ש שבנדון שלנו יש קומפרומיסו וכתב מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' כ"ג דכתיבת הקומפרומיסו עדיף ומעלי טפי מערים

כללא דמילתא בנדון שלפנינו חייב היורש לפרוע כל מה שנתחייב בקנין כפי מה שאמרו שהיורש נתחייב בקנין מחדש לפרוע סך כך ועכשיו טוען שהוא קנין בטעות שמפני שאמרו הדיינין שהדין עם ראו' נתחייב במה שנתחיי' אבל אם היה יודע שהדין עם ראובן לא היה מתחייב בקנין ואע"פי דטענתיה טענת דיכול לטעון דקנין בטעות הוא כמו שהארכתי בתשובה אחרת מהחלק הזה סי' מ"ת בנדון שלנו חיי' לפרוע כל מה שנתחייב דאין כאן קנין בטעות כיון דחייב לפרוע מכח גזרת הדיינין וכמו שכבר הוכחתי הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סי' נ"ב איזמיר שנת התי"ח לנכון ונעלה הר' אברהם ליאון יצ"ו

שאלה ראובן עשה סרסרות סחורה ובקח לאירמיני עם סוחר ערל לתת לאירמיני כ"ב פתיל הנק' בילאה

פיואו ולקחת פלפל ובגדים ומסר הארמיני לחשבון טוב על
המקח הנז' סך מהפתיל והיה תובע מראובן שיקבל הפלפל
מהערל והיה דוחה הערל ולא נתן לראובן כדי לתת לארמיני
והארמיני היה דוחק לראובן לאמר הבא לי מעות או סחורה
כדי לתת למי שלקחתי ממנו הפתיל הנז' וראובן היה אומר
לארמיני המתן שיתן הערל הסוחר או תן לי משכון ואקח
מעות ממקום אחר והיות שהיו לארמיני חשבונות עם ראובן
היה ירא למסור משכון בידו פן יעכבנו בעבור חשבונותיהם
והודיע זה הארמיני הנז' לשמעון והשיב תנה אותו ע"י לר'
ולא יוכל להתעכב בדבר אחר ואני אשיבנו אליך בפרעתה
שיקח על המשכון וכן עשו ומסר שמעון לראובן מידו לידו
המשכון בפני הארמיני ונתן ראובן לשמעון נ' מאות גרוש'
בפני הארמיני ואמר שאינם מספיקים לו סוף סוף אמר
הארמיני לראובן סוחר יהודי יש לו מעות ורוצה לקנות
פלפלין קח לי מעות ממנו ותתן לו הפלפל שנקח מהסוחר
בעבור המקח הנז' אמר לו ראובן איני לוקח מעות מהסוחר
יהודי אם לא תתן לי עוד בטחון משכון או ערב ושמעון היה
ג"כ שם עמהם ואמר ראובן לארמיני ישאר לי שמעון ערב
בשבועה ושמעון לא היה רוצה להכנס ערב גם לא היה יכול
לאמרו לראובן שהיו בפני הארמיני והוא מבין ג"כ בלשון
לעז חזר לומר ראובן ישאר לי ערב בקנין וכי ירא שמעון
מהארמיני כי יכול לעשות לו נזק הרבה הוכרח ונשאר לו
ערב בקנין באופן שנשאר וראובן הנז' הביא מהסוחר יהודי
הנז' ת"ק גרוש' ונשאר ראובן עמו לתת לו כ"כ פלפל בערס
עד ט"ו ימים והארמיני נשאר עם ראובן לתת לו עד ט"ו ימי'
שתי מאות מפתיל לפרוע הפלפל ליהודי ולהחזיר לו גם
המשכון הנז' כי יש מ"מ בשתי המאות כדי לזה וערבות
שמעון הוא בזה האופן שאם יתן הארמיני השתי מאות
פתיל הנז' הרי טוב ואם לאו או יתן לו שמעון לראובן עד
סוף ט"ו ימים ת' גרוש' ויפטר מהערבות הת"ק ויאחרו על
המשכון ד' מאות או יתן לו שמעון שתי מאות פתיל ויצא
מן הערבות הנז' וגם יתן לו המשכון והגיעו ט"ו ימי זמן
הנז' וראובן לא תבע ולא בקש לא מהערב ולא מהלוה וליהודי
פרע הפלפל ממקום אחר ועברו ימים כשלש חדשים והגיע
הזמן שהיה לו לתת הארמיני הנז' לסוחר. ערל הנז' מ"מ
עשרים מאות מפתיל ולקח מאתו הסחורות והסוחר מבקש
הפתיל ע"י ראובן הנז' והארמיני משיב שימתין עוד שלשה
חדשים שיש לבא לו פתיל עם השיירא וכבר יש בידו הפתיל
שמסר לאנו' ושכן הוא דרך סוחרי' שירויחו לו זמן כי הארמיני
לא היה רוצה כלל שיחזרו מן המקח לסבות רבות ולסוף סוף
נתן עלה ראובן הנז' לארמיני הנז' וחזרו בם מן המקח שעשה
עם הערל הסוחר הנז' והפתיל שמסר לערל בתחלה עכב
אותו בעד חשבונות אחרים וקלת שנשאר ג"כ עכבו ראובן
בעד חשבונותיו ע"כ היה המעשה אחר זמן בא ראובן ותבע
לדין את שמעון בעד ת"ק גרוש' שנשאר לו ערב בעד הארמיני
והשיב שמעון כי נשאר ערב בעד ת"ק גרוש' או אם יתן שני
מאות פתיל יפטר מהערבות ויקח גם המשכון אשר נתן לו
מיד ליד כנז"ל אמר ראובן המשכון מסרו לי הארמיני והדייני'
הנז' אמרו לשמעון שישלם לראובן ת"ק גרוש' הלך ראובן
ולקח גזרה מידם בלי ידיעת שמעון עתה טוען שמעון כי
אמת הוא שנתערב לו בעד הארמיני בעד ת"ק גרוש' כמו
שאמר בב"ד אמנם אחר שעמדו לדין מחל לו הכל בינו לבינו
ואין לו עדים בדבר יורינו מורה צדק אם נאמן שמעון על זה
בשבועה או אם יכול להפכה על ראובן אם ירצה
ועוד טוען שמעון אם יהיה רצונו שלא ליכנס בשבועה זו
שסותר את הכל מפני שאינו רגיל בשבועה. וטוען
אמת נכנסתי ערב על הת' גרוש' או שני מאות פתיל כנז'

אבל מיום לא באתי כשהגיעו הט"ו ימים לתבוע מהארמיני
ובהשתדלות נמרץ בעש"נ אם לא היה פורע כי אני הערב
איני יכול לתובעו כי כדיניהם המלוה תובע את הלוה ולא
הערב תובע את הלוה ובאותו הזמן היה בידו של הארמיני
לפרוע כי בא לו פתיל עם השיירא וראובן לא תבעו כראוי
עוד טוען שמעון נכנסתי ערב על המקח כמו שעשה והתחיל
הארמיני ומסר מהפתיל כנז' והיה פורע הכל עד עתה אם
לא שהתה עשית שיחזרו המקח ועם הערל ג"כ לכרות כי
הארמיני בשל כחו ומטה ידו והשיבו אחור המקח מה שלא
היה בדעתו ורצונו של הארמיני ואז היה לך לומר ליודע
כי אינך נפטר מהערבות אע"פ שהמקח מתבטל • עוד
טוען שמעון כי ילך ראובן ויתבע את הארמיני הלוה ואחר
כך יחזור עליו ועוד שאל השואל שאם יפטר הארמיני מיד
ראובן התובע כשיתבענו בדיניהם שהוא אומר שמסר ונתן לו
סחורות כך וכך אם נפטר שמעון הערב גם הוא מהערבות
עוד טוען שמעון על ראובן לומר את"ל שתזכה בדין תן לי
המשכון כי תנאי הוא כנז"ל אם אתן שני המאות פתיל
ואצא מהערבות וגם תתן לי המשכון • עוד טוען
שמעון כי בימים שעברו היה הוא דוחק לארמיני שיוציאנו
מן הערבות והשיב לו בפני יהודים תן לי המשכון ששתי על
ידך לראובן ואשלם חוב המשכון והערבות וזה היה בפני
עדים יהודים שנמצאו שם ובא שעת הלכתי וספרתי הדברים
לראובן ונתן המשכון בידי והזהירני אני איני יודע כלום
מהארמיני ממך אני יודע המשכון או המעו' וקבלתי המשכון
ולא מצאתי מעות והחזרתיו לו עתה יורינו מורינו אם זוכה
שמעון בטענות הנז' או באיזו מהן והדין עם מי וכן על
טענת המחילה מה דינם כמו ששאלתי לפני מורינו ושכמ"ה

תשובה הב"ד שנתנו גזרה ביד ראובן בלתי ידיעת
שמעון במחילה מכבודם לא יפה עשו
שהרי הושוו כל הפוסקים לפסוק כרב זביד דבין אמרו לו הב"ד
חייב אתה ליתן לו בין אמרו צא תן לו ואמ' פרעתי נאמן בא
מלוה לכתוב אין כותבין ונותנין לו וכ"כ הרב בעל הטורים
ז"ל בח"מ סימן ל"ט וע"ט בפי' דאם בא הזוכה לב"ד ושאל
מב"ד שיכתבו לו פסק דין שזה חייב לו כו"כ אין כותבין שמא
פרעו ויבא לגבות ממנו פעם שנית בפסק דין שכתבו לו ע"כ
איכרא שבדברי הרב בעל הטורים ז"ל יש סתירה בהם
מסימן ל"ט לסימן ע"ט גם מ"ש בסי' ל"ט כבם
הרמב"ם ז"ל דנאמן כווחו עלה הרב ז"ל בב"י והרלנ"ח ז"ל
בסימן ק"ט כתבתי ישוב לדברין במקום אחר וכאן אין מקום
להאריך באופן שאם הב"ד מודים שנתנו הפסק דין לראובן
בלי ידיעת שמעון עשו שלא כהוגן והא ודאי פשיטא שנאמן
שמעון לומר פרעתי ובשבועת הסת ואפי' לדעת מהר"ם ז"ל
וסיעתו ז"ל שסוברים דמי שהוציא פסק דין על חבירו והלה
אומר פרעתי דאינו נאמן ופסקו כן רוב גדולי האחרונים ז"ל
כמ"ש במקום אחר ה"מ כשהנתבע ידע שיש פסק דין ביד
התובע דאם אמת היה שפרעו היה נוטל הפסק דין מיד
התובע אבל אם לא הודיעו לנתבע שנתנו, פסק דין ביד
התובע נאמן לכ"ע כמ"ש הגהות מיימוניות בפ"ז מה' טוען
הביאו דבריהם הב"י ז"ל בח"מ סי' ל"ט ומהריב"ל בס"א דקנ"ד
ופסקו כן
וכיון שזכינו לדין זה שנאמן שמעון לומר פרעתי ה"ה
שנאמן לומר מחלת לי החוב ל"מ לדעת הרמ"ה
וסיעתו ז"ל שהביא הר' בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן כ"ב
סי"ן דטענת מחילה הויא כטענת פרעון להשביע לבעל
השטר אלא אפי' לדעת הרב בעל העיטור ז"ל שכתב שם הרב
בעל הטורים ז"ל דבטענת מחילה אינו יכול להשביע לבעל
השטר הכא נאמן דאלכי התם דהויא מלוה בשטר ומעסס

דאין הפטר עומד למחילה אבל הכא דהויא מלוה ע"פ כי היכי דנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלת לי ואפי' לדעת המרדכי בפ"ק דמציעא בשם מהר"ם ז"ל טענת מחילה הויא טענה גרועה ואינה מועילה אלא לענין השבועה אבל לא ליפטר מן הממון וכ"כ מורי הרב ז"ל בח"א סימן ס"ב ובחלק ח"מ סימן מ' וקכ"א וחלק א"ה סימן כ"א היינו דוקא כדליכא מגו אבל היכא דאיכא מגו כדהכא נאמן לומר מחלת לי ליפטר מן הממון מגו דפרעתי וכ"כ בפירוש מורי הרב ז"ל וכן מצאתי להרלנ"ח ז"ל סימן ק"ט דכמו דנאמן על פסק דין לומר פרעתי כך נאמן לומר מחלת לי יע"ש

ובכלל האמור נתבאר שכל מה שטוען שמעון שתנאי התנו ביניהם שאם שמעון יפרע לראובן שיתן לו המשכון הוא נאמן ובשבועת היסת ויכול להפכה על שכנגדו דשבועת היסת לכ"ע מפכינן ׀ אמנם מה שטוען שמעון לראובן מיוצא לא דרשת חובך מהאירמיני כשהגיעו הט"ו ימים נראה שבונת שמעון לחייב לראו' מדינא דגרמי והמעיין עיניו יחזו דלכל הפירושים והטעמי' שנאמרו בדינא דגרמי אין ראובן חייב לשלם מדינא דגרמי משום דלא בריא היזקא וגזולה מזאת כתב הרמב"ן הביא דבריו בספר הטורים חלק ח"מ סימן קל"א אות ד' דערב שבא אבל המלוה בזמנו והתרה בפני עדים שיתבע ממונו מהלוה ואם לאו יפטר מהערבות והמלוה האריך לו זמן ונפסדו נכסי הלוה חייב הערב ואפי' לחולקים על זה כמו שנראה מדברי בעל המפה ז"ל בסימן הנז' היינו דוקא בהתרה הערב למלוה שיתבע חובו אבל בסתם כגון שלנו לא יצא מהערבות כמ"ש מהרש"ך בח"א סימן קכ"א ואפי' לפי מה שנראה מדברי הרלנ"ח ז"ל ח"א סימן מ' דאפי' לא התרה הערב במלוה יצא מהערבותו היינו דוקא כשהאריך לו הזמן בפי' אבל בשלא האריך לו הזמן בפי' אלא שלא תבעו חייב הער' איברא דמת"ש הרב ז"ל בספר בדק הבית על דברי הרמב"ן ז"ל יראה דאפי' בכה"ג דנדון שלנו נפטר הערב ובעת אני מסופק בזה ומתשובת מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קנ"ו יראה הרואה כמה כח המלוה בזה שאע"פ שהערב היה מתרעם על המלוה למה לא הודיעו אחר עבור זמנו לא בירר אחד ולא כשתיב שאם היה מודיע לו אולי היה גובה הוא מהלוה אין הערב נפטר בכך גם מה שטוען ש' על ר' שלמה בעת שביטל המקח לא הודיעו שאינו נפט' מהערבות אף שהמקח מתבטל אין בטענתו ממש כמבואר למבין אמנ' מה שטוען שמעון לראובן שיל' ויתבע תחילה לאירמיני שהוא הלוה ואח"כ יחזור עליו דינא קאמר דבין בדיניהם בין בדינינו כל שלא התנה ממי שירצ' אפרע תחלה ואינו קבלן כדי לתבוע ללוה תחלה וכן מה שטוען שמעון שאם יפטר האירמיני מראובן התובע בדיניהם אם נפטר מהערבות נ"ל שהוא נפטר שהערב אינו משתעבד אלא במקום שיוכל לתבו' מהלוה בעצמו וכיון שאינו יכול לתבוע מהלוה בעצמו אינו גובה משכשיו כמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ת"ט סי"ו אבל ראיתי להרשב"א ז"ל בתשובה ח"א סימן אלף ז' שכתב שאע"פ שהלוה פטור מטעם אזמכתא הערב חייב לפרוע וזה סותר למ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בסי' ת"ט ומצאתי לסמ"ע שחילק בין מה שכתוב בספר הטורים ז"ל סי' ת"ט שכבר יש ללוה חיוב מצד הדין אלא שאינו יכול לגבות הימנו לנדון הרשב"א ז"ל שאין ללוה חיוב מצד הדין וחוזר על הערב • והמעיין בתשובות הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' רי"ח ומהרש"ך ח"א סימן ת"ר וח"ב סי' קי"א ובמהר"ם מטראני ח"ג סי' קס"ט ובמטה חייא סימן כ"ב יראה שכולם סוברים שכל שהלוה פטור הערב ג"כ פטור (הגה"ה עיין מ"ש בזה בספר כנה"ג חלק ח"מ סימן ת"ט בהגהת הטור אות כ"ב ובסי' קכ"ט בהגהת ב"י מאות כ"ג עד אות ל"א ע"כ ההגה"ה) וכן מצאתי בפירוש בספר התרומות שער ל"ה הביאו הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קכ"ט מחודשין י' כתב שאם העכו"ם אומר פרעתי הערב פטור וג"ר דכוונתה היא שהערב אומר שהלוה פרעתי בשטרות דאין חילוק בין כשהגוי טוען כן בב"ד של ישראל לכשטוען כן בדיניהם דכל שהדין נותן שפטור בטענתו מה לי שיהיה בב"ד של ישראל או בדיניהם ואפי' כשהגוי כופר עיקר המלוה והערב מודה נסתפק בעה"ת ז"ל הובא במקום הנז' אם חייב הערב לשלם לו או פטור ואע"פ שהר' ז"ל בב"י תמה עליו וכתב ואיני יודע מה נסתפק לו דהא כיון שאומר להד"ם הרי הוא כאומר שלא פרע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ע"כ • מ"מ מצאתי למהר"ש יפה ז"ל בהגהותיו הלין כעד הבעה"ת ז"ל שספקו הוא מכני שאין הערב משתעבד אלא במקום שיוכל לתבוע מהלוה כמ"ש הטור בסימן ת"ט ע"כ ואם בכופר הגוי ומודה הערב נסתפק הבעה"ת ז"ל שמא לא יתחייב הערב כ"ש כשטוען פרעתי ואם שתירוץ הרב מהר"ש יפה ז"ל אינו נכון בעיני דלא אמרינן דבמקום שהלוה פטור הערב פטור אלא כשהלוה פטור מחמת הדין אף על פי שאין כפירה בהלואה אבל כגון בעה"ת שלא נפטר הלוה אלא מחמת הכפירה והערב מודה בהלואה למה יפטר בהכחשת הלוה ומה גם היות הלוה עכו"ם אשר פיהם דבר שוא מ"מ בין הכי ובין הכי ראינו לבעל התרומות ז"ל שנסתפק בזה ויכול שמעון שהוא המוחזק לומר לראובן שהוא המוציא הבא ראיה שבעה"ת הסכים שחייב ויטול כ"ש דבנ"ד אין צורך לזה שהלוה טוען פרעתי ובזה לא נסתפק אדם מעולם •

ועוד אני אומר שאפי' שהגוי אינו זוכה בדינם אלא בדיננו גם הערב פטור וכן מוכיח לשון בעל התרומות שכתב שאם הגוי טוען פרעתי נאמן וכוונתו דבטוען פרעתי מודה על החוב ובדיניהם כל שמודה על החוב אינו נאמן לומר פרעתי אם אינו מביא עדים דאין לומר דפרעתי שכת' בעה"ת הוא פרעתי בעדים דהי"ל לפרש וכ"כ במכונות להרמב"ן ז"ל בפירוש דישראל הבא מחמת הגוי אע"פ שהגוי אינו זוכה בדיניה' כל שזוכה בדיננו אף הישראל הבא מכחו זוכה

עוד מצאתי מקום פטור לשמעון ממ"ש הרא"ש ז"ל בח"א סימן כ"ר שכתב רבינו אביגדור בשם רבי' שמחה דערב לחבירו בעד הגוי לא משתעבד דער' משתעבד מטעמא דבההיא הנאה דמהימן ליה מהך גמר ומשעבד נפשיה והך טעמא לא שייך כלפי הגוי דפשיטא דישראל מהימן טפי מגוי ולא גמר ומשעבד נפשיה ומורי הרב ז"ל בח"מ סימן קכ"ג כתב דהרב ר' אביגדור ז"ל הוא יחיד בדבר הזה ולית דחש לסברתיה אחר המחילה מעלמותיו הקושיא אני אומר דכיון דבשם רבינו שמחה ז"ל קאמר לה גם הרא"ש ז"ל מייתי לה יכול המוחזק לומר קים לי ואפי' לפי דעת מורי הרב ז"ל בנדון שלפנינו שהערבות הוא בע"כ של שמעון יש לנו לאון כדברי רבינו אביגדור ורבינו שמחה ומיהו איכא למימר דע"כ לא קאמר הר' רבינו אביגדור ורבינו שמחה ז"ל דערב בעד הגוי לא משעבד אלא בערב בשעת מתן מעות דלא בעי קנין דאיכא טעמא למימר כיון דבלא קנין משעבד נפשיה איכא למימר דהך טעמא לא שייך בערבות דגוי דפשיטא דישראל מהימן טפי מהגוי ולא גמר ומשעבד נפשיה אבל בערב שלא בשעת מתן מעות דבעי קנין דלא משעבד אלא בקנין אין חילוק בין ערב דישראל לערב דגוי ולכאורה נראה להביא ראיה לסברא זו שמתי דאמרי' בפ' ג"פ

מכין לערב דמשתעב' וכו' ופירש רש"י מכין לערב שמשתעבד באמירה בעלמא בלא קנין ועלה מסקינן בגמרא אלא אמ'רב אשי בההי' הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה אבל כד מעיינינן שפיר חזינן דאדרבא משם ראיה דאין מקום לחילוק הזה דאע"ג דרש"י ז"ל פירש מכין לערב שמשתעבד באמירה בעלמא בלא קנין לא פירש כן אלא למאי דבעי מכיין לערב שמשתעב'דודאי דלא בעי כערב דבעי קנין דמה זו שאלה הקנין משעבד אותו אלא ודאי דעל ערב דשעת מתן מעות דלא בעי קנין בעי אבל מאי דקאמ' תלמודא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה קאי אפי'אערב דשלא בשעת מתן מעו'דבעי קנין דהא הטעם אמרוהו בגמ' על הא דאמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר"י ור"י לר' יוסי דאמר אסמכתא קני ערב משתעבד ולרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד ומסיק בגמ' דאליב' דכ"ע משתעבד בההיא הנאה כו' והא ודאי כדקאמר דלרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד משום אסמכתא אפי' בקנין קאמר למ"ד דאסמכתא אפי' בקנין לא קני ואהא הוצרך לומר דקני מטעם דבההיא הנאה דמטעם זה הוא אפי' לאסמכת'בקנין וכן יש להוכי' ג"כ ממאי דקאמ' רב אשי והא מעשים בכל יום ואסמכת' לא קניא וערב משתעבד ומאי קושיא ערב דמשתעבד הוא בקנין אבל אם נפרש דמטעם אסמכתא אפי' בקנין אינו קונה מקשה בעלמא דמעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד ° ולדידך אין שום מציאות לערב שישתעבד אפי' בקנין ומיהו למאן דס"ל דהקנין מבטלת האסמכתא מוכרח לומר דקושיית רב אשי היא על ערב דבשעת מתן מעות דלא בעי קנין דבקנין אין כאן אסמכתא וכ"ע הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן נ"ג

קושטא להחכם השלם כמה"ר משה מליאה נר"ו שנת השל"ה

שאלה ראו' נפטר לעולמו הצדק וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והניח נכסים וקרקע ועליו כתובת אשתו וחובות ונכנסים והקרקע לא היה בין הכל די פרעון כתובת אלמנתו ואחרי מות ראובן תבעה אלמנתו מבניה יורשי בעלה כתובתה והעמידתם בדין וגבתה כתובתה מנכסי עזבון בעלה ובניה למען ישאר להם הקרקע של אביהם הלכו ולוו ופרעו לאמם כתובתה ושמו מכיסם וממונם' יותר על ק"ק גשים לתשלו' פרעון כתוב'אמם אע"פ שלא היו חייבים לעשות כן עשו לפנים משורת הדין למען לא תקללם וגם כי אשה קשה היא והנה עתה בא שמעון אחד מהבעלי חובות אשר לראובן ומבקש להתפרע מבניו מה שנשאר חייב לו אביהם וטוען הרי קרקע אשר לו שם שהוא של אביהם והבנים טוענים שאמת הוא שהיה של אביהם ואמנם עם הקרקע וכל מה שהיה לאביהם לא היה בהם די פרעון כתובת אמם ולא די שלא ירשו מאביהם כלום כי אם אדרבא שמו הם מכיסם וממונם יותר על ק"ק גרוש' תשלום פרעון כתובת אמם ונמצא שהקרקע ההוא קנו אותו מאמם יותר על שוויין הרבה למען יעמד להם הקרקע שנק'עליו שם אביהם ומאחר שלא ירשו מאביהם אפי' בכדי ש"פ אין עליהם לפרוע חובות אביהם יורינו המורה לדק את דבר הדין ושכמ"ה

תשובה גרסינן במסכת כתובות פרק מי שהיה נשוי ההוא גברא דהוו משקי ביה משה

זוזי בכיפ קטינא דארעא דהויא שויא חמשין זוזי אתא ב"ח וקא טריף ליה אזל יתמי יהבו ליה חמשין זוזי הדר קא טריף ליה אתו לקמיה דאביי אמר להן מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם הני קמאי מצוה קא עבידתו השתא כי טריף כדין קא טריף ולא אמרן אלא דלא אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארעא קטינא אבל ואמרו ליה הני חמשין זוזי דמי ארעא קטינא סלוקי סלקוה ע"כ הלכה של שמועה וכתב הרא"ש ז"ל בשם הירושלמי וכן הדין בב"ח מאוחר אחר שסלקו בע"ח מוקדם בזמי קטינא דגרסינן בירושלמי כו' וכ"כ הרב המגיד ז"ל בשם הרמב"ן והרשב"א ויש לתמוה על הרב בעל הטורים שלא ביאר זה והיך שיהיה מינה בכ"ד כשפרעו לאלמנה אם לא אמרו היורשים בפי' לה שבשביל שלא תגבה מן הקרקע תגבו לה מעות יכולין הב"ח לטרוף מן הקרקע

אלא שמצאתי ליורשים רפואות תעלה שלא יטרפו הב"ח מן הקרקע ממה שראיתי לפוסקים רובם ככולם זולת הרשב"א ז"ל דאוקמוה להך עובדא דקטינא דארעא שהניח להם אביהם מטלטלין ומהם פרעו לב"ח הא לאו הכי אינו חוזר וטורף מהם דכיון דלא שבק אבוהון מטלטלי' ליכא מצוה לפרוע חוב אביהם ולפי זה בנדון שלפנינו דפרעו במעות שלהם ולא עוד אלא שלוו מאחרים לפרוע לאלמנה לית דין ולית דיין שיאמר שהב"ח יגבה מהקרקע שהניח אביהם ואע"ג דלדעת הרשב"א ז"ל הך עובדא דקטינא אפי' בשלא הניח אביהם מטלטלין ולפי דבריו בכ"ד ג"כ כל שלא אמרו היורשים בפירוש דבשביל שלא תגבה מן הקרקע הגבוה מעות הב"ח גובה מן הקרקע שהניח אביהם אין חשש דכיון דפלוגתא דרבוותא היא נכסי בחזקת היורשים קיימי ויכולים לומ' קים לן כשאר רבוותא דסברי דהך עובדא דקטינא כשהניח להם מטלטלין איירי ולפי זה בנדון שלנו דלא הניח האב מטלטלין דמה שהניח לקחתם האשה ולא נשארו להם כלום אינו גובה הב"ח ואף שהב"ח יאין הם מוחזקין אינם יכולים לומר קי"ל כהרשב"א כיון דיחיד הוא בדבר זה וכלל תמור בידינו מהגאון מהר"י קולון ז"ל דאין לומר קים לי כפ' הגאון היכא דכל חכמי ישראל חלוקים עליו

אמנם צריכין אנו לדעת חובות הללו איך היו ר"ל חוב הכתובה וחוב הב"ח היאך היו שאם היה שלוה ולוה ואח"כ קנה או קנה ולוה ולוה או לוה וקנה ולוה וכתב לשניהם דאיקני דינם מפורש בח"מ סי' ק"ד דיש בר דכל הקודם זכה ויש בר דב"ח המוקדם קודם אבל אם לוה ולא כתב לו דאקני וקנה וחזר ולוה או השני לבדו הוא גובה ממה שקנה קודם שלוה ממנו ואחר שלוה מן הא' וכיון שכן הוא אפי' פרעו היורשים לאלמנה איכהו דאפסידו אנפשייהו וינבה הב"ח מהנכסים שהניח אבין כיון שהקרקע משועבד לו ואינו משועבד לכתובה וכן לענין המטלטלין שהניח אביה' לענין נדוניא דינה שוה לב"ח והמנה מאתים והתוס' איכא פלוגתא ביני רבוותא אם חולקין האשה וב"ח או תדחה האשה מפני הב"ח ולכ"ע אם תפסה האשה לא מפקינן מינה כמו שנתבאר כל זה בטור. א"ה סי' ק"ב הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן נ"ד

איזמיר להחכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו שנת הת"ג

שאלה ראובן תושב תיריא יע"א לוה משמעון סך מעות בשטר לזמן ותוך הזמן שם ראובן לדרך פעמיו והלך לויניציא ומוינוציא לאיזמיר שלא סחורן

ביך

ביד לוי פקידו ולשמעון המלוה שלא נ"כ שחורו' כדי הלואתו ועוד שטעמי אבל אין ידוע אם קבלם עליו המלוה או לא קבלם אלא שמכרם לחשבון ראובן הלוה וכל מה שיעלה יגבה לו מהחוב ובתוך השחורות היו סחורות שאם לא תמכר תוך שנה אינה שוה לכלום ויהי היום כאשר ראה שמעון המלוה שעבר השנה והסחורה לא הויא אפי' לכלבי ושוברי עשה מורשה ללוי שילך ויגבה חובו מהשחורות שגלא ר' לפקידו אחר אשר נשבע בפני חכמי ברוסא יע"א והקריב את יהודה שהיה לו מנכסי ראובן בידו אשר נתנם לו לוי פקיד ראובן בדינא ודיינא לפני החכם השלם שיני ועוקר הרים מר קשישא במה"ר יוסף אישקאפא נר"ו וגם ללוי פקיד ראובן הקריבו למשפט לפני החכם השלם הנז' וגזר החכם השלם הנז' על פקיד ראובן שיפרע לשמעון וכתן גזרה ביד שמעון המלוה וזה נוסחה גזרתי ע"פי התורה שיפרע לוי פקיד ראובן תוך ט"ו ימים לשמעון ועוד גזר שהממון שביד יהודה שבא לידו מלוי פקיד ראובן שיהיו מעוכבים בידו עד יעמדו למשפט על ענין אחר יורינו מורינו אם מה שדן מר קשישא נר"ו הוא כדין או יש לפקפק עליו ושכמ"ה

תשובה בענין הורדת מלוה בנכסי לוה שלא בפניו אשר נראה שדעת הרי"ף והרמב"ם ורוב גדולי האחרונים ז"ל דכל שיש למלוה שטר מקויים משביעין למלוה ויורדין לנכסי הלוה ופורעין לו אהגם דעת ר"ח ז"ל ורבינו האיי גאון ז"ל והרמב"ן ז"ל גם דעת התוס' ונע"ה כפי דברי הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' ת"ג דחיישינן לשובר או לראיה ואין נפרעין מנכסי לוה שלא בפניו ומיראה לשני שרי צבאות ישראל כרבינו האיי גאון ור"ח גאוני עולם ואשכוהא דרבנן תקיפי ארעא כתוס' והרמב"ן ושע"ה ז"ל יוצאין ביד רמה ובזרוע נטויה לעזרת הנתבע ולא יצא לקרא' נפק להחזיק המוחזק בשלו וכדאמר שמואל אין הולכין בממון אחר הרוב ומוגיין דעלמא לומר המוחזק קים לי כפ' ופ' אע"פי שכל חכמי ישראל חולקין עליהם ואף שהרב הגדול רבן של ישראל בספר ב"י ובספרו הקצר פסק כדעת הרי"ף ז"ל וסיעתו לא מכרעא להוציא מיד המוחזק שהרב ז"ל לטעמיה אזיל בכלל שכליב לו בפתח עינים בהקדמתו לספר ב"י שבמקום שיהיו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שני' מהם מוסכמי' בדע' אחת לפסו' הלכה כמותם אף בדיני ממונות להוציא מיד המוחזק וכבר כוונו על כלל זה גדולי האחרוני' הבאים אחרי הרב ז"ל בפרטן אתה מולא שני גדולי ישראל הרב בעל המפה ז"ל בהקדמתו לספר המפה והרב הכהן הגדול בספרו הראשון תפסו על הרב הגדול ז"ל בזה וכבר פשט המנהג בכל גלילות אלו קושט' ושאלוניקי וכל המקומות האלו חוץ מארץ המערב לומר המוחזק קים לי כפ' ופ' ואין מידו מציל ובוחן לבות וכליות הוא יודע שכבר זה מחברא קיימתין ואח"כ מצאתי להרשד"ם ז"ל סי' הנז' ולמהרש"ך ח"ב סי' ק"פ כתבו בפירוש בנדון זה שיכול המוחזק לומר קים לי כר"ח וסיעתו ז"ל והרשד"ם ז"ל בסי' הנז' כתב שהגאון מהר"י קולון ז"ל שהוא מגדולי האחרונ' פסק כר"ח וסיעתם הובא בין הרשד"ם בין מהרש"ך ז"ל שכ"ד שהורו להוציא ממון הלוה שלא בפניו טעו טעות גדול' ומתוך דברי מהרש"ך ז"ל בסי' הנז' אנכי הרואה שב"ד טוענין בעד הנתבע קי"ל כר"ח וסיעתו ז"ל

וכבר מן דין בב"ד יש לפקפק מצד אחר שהמלוה לא הלך בעצמו למקום שהלוה שם אלא עשה מורשה לבנו שילך לגבות בעדו וכיון שכן אפי' להרי"ף וסיעתו שסוברים שנפרעין שלא בפני הלוה שבועה מיהא בעי והכא שאין המלו' בכאן היאך שנפרעין מנכסי הלוה שלא בשבועה וזו א' מן הדברים שגיבה מהרש"ך ז"ל בסי' הנז' לדייני אלכסנדריא שמא תאמר דנהי דשבועה בעי מ"מ כשיתברר לב"ד שבמקום שנכסי' הלוה שם שהמלוה נשבע לפני ב"ד שבעירו סגנין למורשה שלו מנכסי הלוה לא משמע הכי מדברי מהרש"ך ז"ל בסי' הנז' שכתב א"כ בנ"ד כיון שאין המלוה לפנינו שישבע השבועה המוטלת עליו אין מקום להוריד למורשים לנכסי הלוה שלא בפניו ע"כ ואם איתא דשבועה שישבע המלוה לפני ב"ד שבעירו דיינו מי הגיד לרב ז"ל שהדיינים הנז' הגבוהו למלוה בלא שבועה ואם נראה לדחוק עצמנו שנתברר לרב ז"ל בירור נמור שדייני אלכסנדריא הגבום למורשים בלתי שבועת המלוה בפני ב"ד שבעירו זו רעה חולה דמשוית לדייני אלכסנדריא טועים גמורים שלא די שתפשו במושלם סברת הרי"ף וסיעתו ז"ל ולא חשו לסברת החולקים שלא להוציא ממון אלא שאפילו י"ח סברתו לא ישמו להשביע למלוה אבל אם נאמר שדעת הרב מהרש"ך ז"ל שיש צורך למלוה לישבע בפני ב"ד שבנכסי הלוה שם ניחא שדייני אלכסנדריא דעתם שבל שנשבע המלוה בהיותה מקל שיהיה מורידי' למורש' שלו בנכסי הלוה ודע' מהרש"ך שצריך שבועת המלוה לריכ' שתהיה במקו' שנכסי הלוה שם

הן אמת שלפי זה דעת מהרש"ך ז"ל צריך בירורמה לי שיהיה השבועה בב"ד שבעיר הלוה מ"ל שיהיה השבו' בב"ד שבנכסיה הלוה שם ואפשר שיהיה טעמו ז"ל משום דהשבועה צריכה להיות בפני הלוה כדאמרינן בפרק כל הנשבעין שהחנוני נשבע בפני הבעלים כי היכי דליכסו מינייהו ובמקום שב"ד יורדין לנכסי הלוה שלא בפניו הוו איכהו כבעל דבר וכיון דאיכהו הוו כבעל דבר צריך המלוה לישבע בפניהם כי היכי דליכסוף מב"ד ויותר יכולין לירע ב"ד שבעי' הלוה אם אומר המלו' שקר מב"ד שבעיר המלוה וכל זה שכתבתי בהנחה שהשטר שביד המורשה של המלוה הוא מקויים בפני הלוה אבל אם שטר שביד המורשה לא היה מקויים מקודם אלא שעכשיו כדי להוריד למורשה המלוה בנכסי הלוה קיימוהו ב"ד יש לפקפק מצד שלא נתקיים בפניו שהרי כתב הרא"ש ז"ל בתשובותיו סימן ט"ו דמ"ש בח"מ סימן ק"ו על הך פלוגתא דר"ח והרי"ף ז"ל מלוה שבא בשטר מקויים לפי דעת הטור והרא"ש בתשו' שהעתיק הטור בסימן ק"י היינו בשטר מקויים שבפני הלוה אבל אם נתקיים שלא בפניו אין מורידין לנכסיו אפי' לדעת הרי"ף וסיעתו ז"ל ואף שהרב שם בסוף דבריו השכים לומר דאין לחוש לסברת הרא"ש והטור ז"ל שכל שאר הפוסקים ז"ל חולקים עליהם גם שדבריו מסופקים אם הם דחויי' מעצמם אפשר לדחות שלא כ"כ הרב ז"ל אלא דוקא בנ"ד שהלוה הלך למ"ה ואב"ד וכרו דבכי הא אפי' ר"ח יודה דנפרעין שלא בפניו אבל בכה"ג דכ"ד שהוא עתיד לחזור למקומו בע"ה אפשר דיודה הרב דיש לחוש לדברי הרא"ש ובנו ז"ל ואי נמי דעת הרב ז"ל דאפי' בכה"ג דנדון דידן אין לחוש לדברי הרא"ש ז"ל אין מביאין ראיה מתקוע שהוא ז"ל תקע עצמו לדבר הלכה בהנהו כללי דנייל הרב ז"ל בהקדמתו לב"י דכל שגלשה עמודי ההוראה מסכימין לדעת אחת הכי נקיטינן אפי' להוציא מיד המוחזק כמו שגילה דעתו ז"ל בסימן קל"ט בענין מחלוקת רב שר שלום עם בני מחלוקתו שכת' כלשון הזה ועוד כיון שהאחרונים ז"ל עמדו על חילוק זה והכריעו שלא כדבריו הכרעת האחרונים מכרעת שלא לומר קים לי כמ"ש בתשובות מהר"ם אלשקאר ז"ל וכ"ש הכרעת ב"י אשר כבר נתפשט בהני כללי דנייל בפסק כדברי הפוסקי' החולקים זה עם זה ואף גם זאת שפסק בדין זה כדברי הרי"ף והר"מ במז"ל ושאר הגדולים וכתב והכי נקיטינן וכבר נתקבל הרב ז"ל עלינו במקומותינו ללכת אחר הוראותיו ע"כ אבל לדידן דפשט המנהג ומוגיין דעלמא לומר קים לי כפלוני ופ' אף

שנידון זה שקיימו השטר שלא בפני הלוה יכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ובנו שמצריכים לקיים השטר בפני הלוה כדי לטעון שלא בפניו ואף שמהריב"ל בח"ג סי' נ"ה כתב שהמוחזק אינו יכול לומר קים לי כהרא"ש בנידון זה וכן כתב מהר"י קריאון ז"ל הובאו דבריו בספר משפטי שמואל סימן קכ"ו היינו לפי דבריהם שהם מפרשים דהרא"ש ז"ל בתשובה זו סבר שאין מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין אבל כפי ישוב הרא"נ"ח ז"ל בתשובה הנז' שהסכים תשובת הרא"ש ז"ל עם ההלכה שמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד יודו הם ז"ל שיאמרו קים לן כהרא"ש ובנו ז"ל כ"ש למה שנראה מדברי הרשד"ם חלק ח"מ סימן י"ד שדברי הרא"ש ז"ל בתשובה זו הלכה היא להחזיק המוחזק בשלו וקרוב לזה הם דברי הרב מהר"ש יפה ז"ל בהגהותיו

אכן אלייבו שאף שנאמר דיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ז"ל בתשובה זו מטעם אחר אינו יכול לומר קים לי כיון דהוא יחיד בדבר שאין מי שעומד בשברא זו אלא הרא"ש ובנו ז"ל ובשאלה למהריב"ל ז"ל ס"א כלל י"ו סימן כ' והרשד"ם חלק ח"מ סימן י"ד וק"ן שנראה בדור מדבריהם דהרא"ש ובנו הרב בעל הטורים ז"ל תרי כאות ניכהו וכ"כ משפטי שמואל בסימן ק"נ ומהרש"ך ח"ב סי' פ"א וקכ"ז ור"יה ורי"א ששון ז"ל סימן מ"ב (הגה"ה והר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סימן כ"א והרא"ד"ב ז"ל סימן קי"א כמ"ש בספר כנה"ג חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות כ"ט ע"כ ההגה"ה) אבל לרב ז"ל בפ"י חלק ח"מ סימן ע"ו שכתב דהרא"ש ובנו כח א' הם מאי איכא למימר שא שהרב הוא יחיד בדבר הזה ואע"ג דהיפ' דבהא פליגי אם הוי מוחזק או לא או אם יכול לומר קים לי או לא אין לומר קים לי כיון דבהא קיימינן כמ"ש הר"י הלוי בתשובותיו כ"ל דאין כלל זה אמור אלא כששני פוסקים אומרים שאינו יכול והאחר אומרים שיכול אבל אם אין שם אלא פוסק אחד לא משגחינן בהך כללא (הגה"ה דומיא לזה כתבתי בספר כנה"ג חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י אות מ"א על מאי דפליגי רבוותא אם הוי מוחזק או לא דאינו יכול לומ' קי"ל ע"כ ההגה"ה)

איברא שאם בנ"ד לא היה המחלוקת הראשון מצד שלא נתקיים בפני הלוה יש מקום אתי שאין לחוש לדברי הרא"ש ז"ל ובנו בזה ולהוציא מיד המוחזק דבשלמא אם דברי הרא"ש ז"ל היו מפורשים כמו שפירשם הרא"נ"ח היה יכול המוחזק לומר קי"ל כהרא"ש ז"ל אבל מאחר שדברי הרא"ש ז"ל הם מסופקים וכדי להחזיק המוחזק בשלו צריך המוחזק לומר קים לי שפירוש הרא"ש ז"ל כך הם וקים לי כהרא"ש וה"ל ס"ס שהסכים הרב מהריב"ל ז"ל בח"ג סימן כ"א ול"ג ומ"א ומ"ב ומ"ו וכ"ה וס"ב וס"ד סימן כ' וה' שמוציאין מיד המוחזק וכן נראה מדברי הרא"נ"ח ז"ל סימן ק"ט ואע"ג דרוב גדולי האחרונים ז"ל תפסו על הרב ז"ל בזה וכתבו דאפי' בס"ס אין מוציאין מיד המוחזק וכמו שיראה המעיין בתשובה למהרש"ך ח"ב סימן קי"ו בשם מהר"י בן עזרא ז"ל ובתשובה להרב מהר"ש חיון ז"ל וכ"כ מהרח"ש בתשובה הובאה בספר משפט צדק ח"א סי' ב' דכבר נתפשט המנהג דאפי' בס"ס אין מוציאין מיד המוחזק והתימה ממהרש"ך ז"ל שכתב ההפך ואיהו עבד הכי כמה זימני ע"כ גם מהריב"ל ז"ל סותר את עצמו בכלל זה כמ"ש מהרש"ך בח"א סוף סימן ר"א והרא"נ"ח ז"ל בסימן ק"ט מ"מ בתלתא ספיקי יודו דמפקינן מיד המוחזק כמ"ש מהריב"ל בח"ג סי' ל"ב והרא"נ"ח ז"ל בסימן ק"ט ובנ"ד אע"ג דלא הוי אלא תרי ספיקי מאחר שלא נתברר דעתו של הרא"ש ז"ל מ"ה ה"ל כג' ספיקות דלכ"ע מוציאין מיד המוחזק כמ"ש הרא"ש ז"ל בזל הנז' (הגה"ה ומיהו בס' כנה"ג הח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקי"ל אות פ"א הסכמתי כדברי מורי הרב ז"ל הכל שאתה יכול להרבות בספקות וספקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק ע"כ ההגה"ה) באופן שמן הצד הזה איני תוקע עצמי לומר שיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש אמנם מן הצד האחר שכתבתי למעלה בענין המחלוקת שיש בין הר"ח ושיטתו ובין הרי"ף ז"ל ושיטתו אם מגבין למלוה מנכסי הלוה שלא בפניו כ"ל ברור שיכול המוחזק לומר קים לי כר"ח ושיטתו וכל כי האי מילתא נימרו משמאי ומה גם אחר שב' גדולי עולם מהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל בנדון זה עצמו כתבו שב"ד שהורו להוציא ממון הלוה שלא בפניו טעו בפשיטות

ואבא היום אל ענין העיכוב נהי דנתפשט המנהג לעכב נכסי הלוה ביד מי שהם ואפי' שלא המתלת לדעת מקצת גדולי האחרונים ז"ל וכמו שהוא מבואר לבקי בספריהם מ"מ כו' לע"ד שלעכב הממון שביד הגביר הר"א שגראנאטי נר"ו אינהו תור' שאם מעות אלו היו באי' ביד הגבי' הנז' מצד הלוה בעצמו אפי' שימצאון שם נכסי הלוה מיד אחרים ג"כ לא רצה לעכב אלא נכסים אלו מצד שזה באמן אצלו יותר מאחרים אבל כיון שנכסים אלו לא באו ליד הגביר הנז' אלא מיד הגביר הר"א נאכבאש' יצ"ו אף שיתברר שנכסים אלו מהלוה אינו מן הדין לעכבם מידו כיון שיש ביד הר"א נאכבאש' נר"ו נכסים אחרים מנכסי הלוה ולא יהא אלא פרעון ממש דקי"ל מוציאין מזה ונותנין לזה מדר' נתן כבר כתבו המפרשים דאי אית ליה ללוה נכסים אחרים לאשתלומי מיניה אין כופין ללוה שלו לפרוע למלוה וה"ה לענין עיכוב שאם יש ללוה נכסים אחרים לעכבם שאין מעכבים נכסים שהם ביד אחר והכא בנ"ד מה שאנו באים לעכבם ביד הגביר הר"א אלגראנאטי נר"ו הוא מחמת המעות שקבל מיד הר"א נאכבאש' יצ"ו מ"כ ה"ל הר' אברהם אלגראנאטי נר"ו כלוה וכיון דאית ליה נכסי אחריני של הלוה הראשון למה יעכבו הנכסים שהם ביד אחרים הנכון לעכב המעות ביד הר"א נאכבאש' נר"ו ואף גם זאת לא להוציאם מידו אלא לעכבם ועם כל זה אין אני מחליט המאמר בזה לומר שדין העיכוב כדין הפרעון דאפשר דיש חילוק בין עיכוב לפרעון הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת ז"ל.

פסק זה שלחתיו להחכם השלם כמה"ר יוסף אמאטו נר"ו ליתנו להחכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף אישקאפה נר"ו והחכם השלם מר קשישא כתב קונטרים ארוך בכמות ושלחו אלי ולא די לו זה אלא ששלח לאשגאשיאה להחכם השלם כמה"ר אהרן לפפא נר"ו לעשות לו סמוכות והחכם השלם ג"כ כתב דברים והביא עלינו לאהבת ואני כתבתי לסתור דבריהם ולהראות להם שלא צדקו במאמרם כלל ועיקר וכדי שלא להטריח על המעיין לא אכתוב דבריהם בליבונן ובקושתן ולא אכתוב רק מ"ש על דבריהם ומתוך דברי יתבאר מה שכתבו החכמים השלמים שאין ממש בדבריהם וזה אשר כתבתי להרב המובהק מורינו כמה"רר י"ט ן' יעיש נר"ו

סימן נה

טוב לישראל מטפה של גשמים · מופת הדור ופלאו ושמעו הולך את חכמים הרב המובהק מורינו ורבינו

ורבינו כמהר"ר נר"ו לא ישבה אכ"ר אחרי קומי מכרוע על ברכי ונכי' כרובות השמים יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל

שייע ליהוי למורינו נר"ו איך ראובן תושב תיריא יע"א לוה משמעון סך מעות כו' והחכם השלם מר קשישא סיני ועוקר הרים כמה"ר יוסף אישקאפה נר"ו גזר על פקיד ראובן שיפרע לשמעון ויהי כשמוע אחיו וכל בית אביו של ראו' תושבי עיר תירי' אשר שני הכתי' מתגורר בתוכ' שלו את פי הם הדין נותן לרית לכתביו השבתי להם שאומר שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כר"א וסיעתו או אחרו שאתן להם פסק דין בידם על זה אמרתי אינו מדרך המוסר לפתור דינו של חכם מרבין תורה אם לא גיע מה בפין אחר עבור כמו עשרה ימים הלכו מקרובי ראובן לאיזמיר ושאלו להחכם השלם הנז' מאיזה טעם פסק ועבד עובדא נגד לכתבי הלוה שלא כפניו ואמר מפני שכל הפוסקים כך דעתם זולת ר"א הדילו לי הדברים ואמרתי שעם ר"א יש ז' רועים הלא המה רבינו האיי גאון והתוס' והעיטור והרמב"ן ומהר"י קולון ז"ל כפי דעת הרשד"ם ז"ל ומהרש"ך וכתבתי קונטרים על זה ושלחתיו להחכם השלם הנז' ע"י החכם השלם כמה"ר יוסף אשאטו נר"ו וכראות החכם השלם מהר"י אישקאפה נר"ו שמכוהא דרבנן תקיפי ארעא עומדי' בשטת ר"א נשא עלמו מתה שהיה אומר שר"א הוא יחיד בדבר הזה והוסיף לומר דבכרון זה אפי' ר"א מודה שיורדין שלא בפניו מפני שני כתבים שבאו מיד הלוה שמתוכם נראה שלא פרע וא"כ אפי' לרבינו הנגאל אין הטעם אלא מפני דחיישינן לשובר או לראיה והכא כבר אנו רואין שאין לו שובר וראיה וכראות החכם השלם שקול הקריה הומה שהדין נותן כסברתי שלח קונט' למגנאסיאה להחכם השלם כמה"ר אהרן לפפא נר"ו יגלה דעתו בדין והחכם השלם הנז' לאהבת הקנתור לא די לו שהפרין על המדה לדחות דברי ר"א אפילו בלא הכתבים אלא שירה חציו כנגדי בלשון נשתר והלכיי לפי דעתו ואגב שבשתא כנע בכבוד ר"א וסיעתו ז"ל וככל רבני שאלוניקי ז"ל כמו שירא' מורינו בקונט' אשר שולח לאדונינו נר"ו ומלבד זה החכם השלם מהר"י אישקאפה נר"ו הגלוים אליו מתנשאים לאמר שמורינו נר"ו השכים עמהם תמהני הרבה עם שאיני מאמין לדבריהם יען כי מובטח אני שמורינו נר"ו לא ישכים אל מה שאינו אמת וזאת שנית שלא יגלה את אוני אין זאת ולפי שלפי דעתי בין החכם השלם כמהר"י אישקאפה נר"ו ובין החכם השלם כמה"ר אהרן לפאפא נר"ו שניהם נס יחד שגו ברואה ודבריהם מכוארי הביטול והיסוד רעוע אמרתי להציג לפני אדונינו נר"ו מה שתפסתי על דבריהם ובשכלו הזך והטהור יבור איזו היא דרך ישרה כתב החכם השלם כמהר"י אישקאפה נר"ו • קנלע"ד כתבתי להלכה ולמעשה הייטב בעיני רים מתא ורים מתיבתא הרב המופלא וגדול ליהודים אתה הוא אדונינו אתה הוא מלכנו עבדו זקן ביתו הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

אמר חיים לא כתבתי מה שכתבתי למורינו הרב כמהר"ר י"ט נר"ו כדי שלא להאריך שבכלל מ"ש להחכם השלם כמהר"י אשאטו נר"ו כמו שיבא בסימן הוא מה שכתבתי למורינו הרב הנז' נר"ו ומה בלע לכפול הדברים • וזה אשר כתב לי הרב הנז' נר"ו

סימן נו

חכם שלם גופי הלכות ויבן עלי משכנות • התלמ' לאיש דעת ודרך תבונו' החכ' השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר חיים נר"ו כנפשי לה' בבקר תאהר ולערב אל תנח תשוב עד שדי תשכבה ותבונן את מלכים לכסא גם זרעך ימנה לכסא כבוד ברוב עוז ושלום אכי"ר

זה לי ט' יום ויותר תהמה כי חליתי מחולי חזק וכבר כמעט אבד כחי ועודני שוכב על ערש דוי ואף כי בחמלת ה' נטיתי לצד הבריאות עם כל זה לא אאמין שוב לאיתני ולאונאי הראשון כי דלותי מאד ואנכי היום רך בקנה שאינו עומד ברוח מצויה אף ידי וכל כלי עבודתי קן קולמוסא וקן תגילת' דאינון עיקר הכתיבה אין גם א' שיורד לפני הדיבה מרוב חולשתי ועם כל זה בהתעטף עלי רוח תכינתך במגילת ספר ע"י המוביל מהאכתי שאלתי אותה ומשמחתי שמחתי בה עברתי כח לכתוב שתי שורות אלו בפטר גדול מכורף לזה להקל מעלי קצת מתרעומותיו על אשר אחרתי עד כה לכת' על כל מולא שכתיו אשר הקדמני בכמה אגרות ואהי כאיש אשר לא שומע וכן לו) ישמה אכי' להדיוט שבהדיוטות אף כי לכ"ת המעויין והמכוין אבלי כתוב' אהבה ואחוה והנני מעיר עלי שמים וארץ אם עשיתי זאת מכד עצלה או התרשלו' ח"ו כי כל דבר הנוגע לכ"ת כלביא אקום וכארי אתגבא אכן משפטי והתגלגלותי מפני ולעבות אליפות הברות הקיפוני כתנורו של עככאי נוסף עליהם גירי זקנתי כי אחרי שובי ואומר לבלה אחותי כת אבי גטויתי שחותי עד מאד ורוב היתים קלני מראשי קלני מורועי ואין מתום בבשרי ולאיש אשר שה לו מתי ימצא שעה א' של קורת רוח לעיין בדבר הלכה לבעיא כילות' דרעתא כיומא דאיסתנא ואף גם זאת כי בעיר הזאת לא ימכר לכתה אנשים הטוערים עלי לא יתנוני השב רוחי עד שאשיב להם על שאלתם אם מעט ואם הרבה ולא אשיב א' מעברה על לד ההברח הגמור מכד השבות הנז' הנה זה יספיק להתגלגלות כ"ת ועם כ"ת השליחה

על דבר פסק הלוה שהלך ולמ"ה שאלה לי כ"ת לא שאלני אדם עליו זולת כ"ת והאנשים שאמרו לכ"ת שכתבתי פסק הפך מהסכמתו לא דברו נכונה וראוים לעונש על שאמרו משמי מה שלא היה ולא נברא ועל עיקר הדין הנני מודיעו כי באותו פרק עיינתי בו קצת ומה שרשום בזכרוני הוא שהייתי מסכים להלכה עם כ"ת הן אמת כי לא עיינתי בו עיון מספיק מפני שאמרו לי כי עדי המלוה והלוה מפורסמא לתיריא ולא נפלא היא מכ"ת שלא כחורין אבות העולם כי אם כתי שהלך למ"ה מטעם שמא יעכוא הלוה שובר עליו אבל בעיירות קרובות שיכול שליח לילך ולחזור למקום הלוה תוך ל' יום בזה לא נחלק אדם מעולם כמ"ש הטור והרא"ש ז"ל גם נסתפקתי בענין אחר שגם כ"ת נסתפק בו שהוליא המלוה כתב יד שהלוה שוא רוצ' להתפשר עמו וזה מורה שלא היה שובר • ועל פי הדברים האלה שככתי ידי מלעיין בו עיון מספיק

(הגה"ה המעירים לאדונינו שהעיירות קרובות מפורסמא לתיריא שקר תרמיתם כי הלוה יושב בויניליא אלא שהורשה המלוה בא לאיזמיר מבריסא גם מעניין הכתבים אף שיש ביד המלוה שהלוה רוצה להתפשר שמא נהפכה שלא לו שובר ולא עדיפי הכתבים משטר מקויים שאע"פ שהשטר בידו חיישינן לשובר ולראיה ע"כ ההגה"ה)

גם כי נקבלו כאן לי כמה טירדות ולא יכולתי זהו מה שרשום בזכרוני ולחזור ולעיין בו בעת לגמרי השכמתי בהחלט ימחול לי כ"ת לסבות אשר זכרתי כי אין לאל ידי מרוב חולשתי ואפי' לקרות הפרשה שנים מקרא וא' תרגום מנעו המני הרופאים ואם יגזור ה' בחיים והשיבני לאיתני ולהכלי הר ההון או אתן את דודי לו בכל אשר יורשני כ"ת

בנות

בזאת אשים יד על ק"ז וקראתי בשם הוא וזרעו יכלו ימיהם בטוב ושניהם בנעימי' ברוב עוז ושלום ככתבו החשובה יקרה היא ונפש נאמן בברית אהבתו אני מדבר את הצעיר יום טוב ן' יעיש'

סימן נ"ז להחכם השלם כמה"ר יוסף אשאטו נר"ו איזמיר שנת הת"ג

כתב כ"ת שהחכם השלם עצום ורב כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו הראה לו בהגהותיו לב"י שדעת רבינו האיי גאון ז"ל שכת' בעה"ת שהוא כדעת ר"ח ז"ל הגהו' מיימוניות כתבו בהפך שדעתו כדעת הרי"ף ז"ל ע"כ תמה אני מאי חזית דסמכת על עדות בעל ההגהות ולא על עדות בעל התרומות ויותר נכון לסמוך על עדות בעל התרומות מעל עדות בעל ההגהות שבעל התרומות היה ספרדי ובקי במילי דגאונים יותר מבעל ההגהות הן אמת שדברי בעל ההגהות לקוחי' מהסמ"ג והסמ"ג היה ספרדי כבעל התרומו' מ"מ הרב בעל העיטור ז"ל באות עין ס"א כתב כפי' שדעת רבינו האיי גאון כדעת ר"ח וא"כ סמי חדא מקמי תרתי עם שאפשר לומר שעדות הבעה"ת ועדות ההגהות נאמנו אחד ובבחרותו בספר השערים סבר לה כעדות בעל ההגהות ובזקנותו בתשובה סבר לה כעדות בעל התרומות וא"כ נראה לומר דלית כאן חזרה אפשר לומר שהסמ"ג וההגהות הבינו בדעת הרי"ף ז"ל שכל שאפשר להודיעו אפילו שהוא בדרך רחוקה אפילו מהלך שנה מודעינן ליה ולא פסק כרב נחמן אלא במאי אפשר להודיעו כלל בשום צד כגון שהלוה לא נודע מקומו איו או שהוא שעת חירום שאין דרך לעבור גאולים ממקום המלוה למקום הלוה וכיוצא בזה שאז מפני התקנה יורדין לנכסיו וכמו שהוא פשט דברי הרי"ף ועל זה סיים בעל ההגהות וכ"כ רבינו האיי גאון ז"ל שאף שדעת רבינו האיי גאון שכל שא"א להודיעו יורדין בנכסיו ונמצא עכשיו ג' מחלוקות בדבר לדעת ר"ח בלא הודעה אין יורדין לנכסיו ולדעת רבינו האיי גאון ז"ל והוא דעת הרי"ף ז"ל לפי מה שהבינו בו הסמ"ג והגהות מיימוניות כל הא"א לן לאודועי יורדין לנכסיו לדעת הרי"ף ז"ל כפי מה שהבינו בו רוב גדולי האחרונים כל שא"א לו להודיעו תוך ל' יום יורדין לנכסיו וכל זה כתבתי בהנחה שבעל ההגהות סובר שדעת רבינו האיי גאון ז"ל כדעת הרי"ף ז"ל אמנם רוח אחרת אתי שט"ס נפל בדברי ההגהות כמו שאבאר

והנה ההגהות כתבו וכ"כ רבינו האיי בשערים והסמ"ג הוסיף בשערים אלו ומהמקובל אצלנו שבעל השערי' הוא ר"י בר ראובן ז"ל ואיברא שרבינו האיי גאון חבר ס' מקח וממכר וחלקו לשערים מ"מ לא יכונה בעל השערים סתם כי אם ר"י בר ראובן אבל כשהפוסקים מביאים שום דבר מרבינו האיי גאון ז"ל בספר המקח כותבין וכ"כ רבינו האיי בספר המקח בשער פ' אבל סתם בעל השערים הוא ר"י בר ראו' ולכן אפשר שט"ס נפל בדברי ההגהו' וצ"ל וכ"כ ר"י בשערים אלו ויוכיח על זה שבדקתי בספר המקח לרבינו האיי ז"ל ולא מצאתי מ"ש הגהות מיימוניות בשמו ובספר שערים שער ט"ו מצאתי מפורש שפסק כרב נחמן וכ"ל שמפני שראה מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' ק"פ חילוק העדויו' שבין בעה"ת וההגהות בסברת רבינו האיי גאון לא צירף סברתו עם ר"ח והוצרך לצרף עמו להרמב"ן ז"ל אבל קשה למה לא צירף עמו לתוס' והעיטור שדעתם כדעת ר"ח כמו שנתבאר וכמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' מ"ג (הג"הה אחר קצת ימי' שכתבתי זה נזכרתי מספר משפטי שבועות לגאון רבינו האיי ואמרתי בלבי אולי בחקר הנז' כתב הגאון כן ולא נמצא בידי הספר ההוא ובהיותי עומד בתמיהתי זאת חזרתי לחפש בספרי' וראיתי שהמרדכי והסמ"ג בהרבה מקומות מביאים לרבינו האיי גאון ז"ל בשם בעל השערים ז"ל ולפי זה אפשר שרב האיי גאון ז"ל כתב כן בספר משפטי שבועות ע"כ ההג"ה)

עוד כתב כ"ת בשם החכם השלם הנז' ובעה"ת שכתב הרשד"ם שפסק כר"ח הטור הביא סברתו בהפך ע"כ ועם שהייתי יכול לומר שאין גילוי בדברי הר"ב הטורי' שדעת בעה"ת כדעת הרי"ף מלשוני כפשטי במה שהיסוד רעו' למה לי ואמת הדבר שדע' בעה"ת כדע' הרי"ף וכמו שנר' מדבריו בשער ט"ו ומן הרומה שהחכם השלם הנז' נר"ו לא כתב כן בהגהותיו אלא הוא דבר מחודש שכתב עתה על פי קונטריסי שאלו היה כותב כן בהגהותיו היה רואה הדברים במקומם בהרשד"ם חלק ח"מ סי' מ"ג היה מתברר לו שמ"ש בקונטריסי בשם בעל התרומות הוא טעות שפלטתו סכין המהירות וצ"ל ובעל העיטור וכ"כ בהרשד"ם ז"ל סי' הנז' והנה אמת נכון הדבר שכן כתב בעה"ת באות עין ח"א אמנם לפי שלשונו נותן מקום לטעות שדעתו כדעת הרי"ף ז"ל ראיתי לבאר שאין הדבר כך אלא כמ"ש הרשד"ם ז"ל וז"ל בעל העיטור בפי' הנז' גרסי' בפ' הכותב כו' ורב נחמן אמר אפי' ב"ח כו' וכן הלכתא ומסתמ' ה"מ דמודעינן ליה ושדרינן קמיה הא לאו הכי אין נפרעין וה"נ בירושלמי וכן השיב ר"ח ז"ל ע"כ לכאורה ישפוט המעיין מלשונו שדעתו כדעת הרי"ף ז"ל מדפסק כרב נחמן דהלא לר"ח הלכתא כר"י נפחא אבל במעט עיון יתבאר לו שדעתו כדעת ר"ח ז"ל לענין דינא אלא דהא איכא בינייהו לדעת ר"ח ר"י נפחא ורב נחמן פליגי בדלא אפשר לאודועי ופסק כר"י נפחא אבל בעל העיטור סובר דר"י נפחא ורב נחמן פליגי אפי' בדמודעינן ליה ופסק כרב נחמן דהיכא דמודעינן ליה יורדין לנכסיו ונמצא דאפי' דפליגי ר"ח ז"ל ובעל העיטור במאן פסקינן לענין הדין שוים הם א"נ דס"ל לבעל העיטור דפלוגתא דר"י נפחא ורב נחמן הוא בעומד בדין וברח ופסק כרב נחמן דבעומד בדין וברח בהודעה נחתינן לנכסי' ולדידי' ליכא קושיא ממאי דמקשינן בערכין ואי חיישת לשובר בדרב נחמן נמי ניחוש שוב הכלתי בדברי הרב בעל העיטור ז"ל וראיתי שהפי' הראשון הוא עיקר והפי' השני אין לו קיום והעמדה וכן נראה מבואר מדבריו באות עין דיני ערב גבי ההוא דייקא לפרעיה למלוה מקמי דליתבעי ללוה כו'

עוד כתב כ"ת בשם החכם השלם נר"ו והרמב"ן ז"ל שפסק הרשד"ם ז"ל שסובר כן הוא סובר בהפך וכפי הנראה יש לו הכרח שהרי ה"ה ז"ל פ"ד דשכנים הביאו ואמר שזהו דעת המחבר וכי סותרים דברי הרמב"ם ז"ל מדידיה אדידיה ממ"ש בפכ"ג מה"מ אלא שיש הפרש בין תקנת השוק ובשטר שבידו לדין הבית והעליה ע"כ ואני שמעתי ולא אבין למה נפרש בדברי ה"ה ז"ל דברים שלא עלה על דעתו שנקשה עליו שלפי דבריו סותר את עצמו ולא נפרש דברי ה"ה ז"ל באופן שיהיו דברי הרמב"ם ז"ל דומין זה לזה

איברא שלא על מעכ"ת תלונותי כי אם על מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' ק"פ שהקשה כן על ה"ה ז"ל והניח הדבר בצ"ע ואחזה אנכי שדברי ה"ה ז"ל נכונים וברורים ולא כתב וזה נראה דעת המחבר אלא כלפי מ"ש הרמב"ן שאם אפשר לכפותו כופין לאפוקי דעת הרשב"א ז"ל שסובר שאין כופין אותו אבל מ"ש הרמב"ם ז"ל שלוה שהלך למ"ה אין ב"ד יורדין בנכסיו אין כן דעת הרמב"ם ז"ל וכן מוכיחין דברי ה"ה ז"ל דאי מ"ש וזה נראה דעת המחבר ז"ל קאי אעיקר הדין דלוה שהלך למ"ה לא היה לו לומר וכן נראה דעת המחבר ז"ל דמשמע דלאו בפירושא איתמר בדבריו אלא מדיוקא וליתא שדברי הרמב"ם ז"ל ברו' מללו דלוה שהלך למ"ה יורדין לנכסיו וכ"כ הר"א לפפא נר"ו בקונטריסו ודקדק כן מדברי ה"ה ז"ל באופן והיטיב לראות בזה

באופן שדברי הרשב"ן ז"ל מבוארים הם דס"ל כדעת ר"ח ושיטתו ז"ל דגוה שהלך למ"ה אין ב"ד יורדין לנכסיו

ומ"ש בעל הקונטרים שאפשר שאף דעת הרמב"ן ז"ל דהא דאין יורדין לנכסיו שלא בפני לוה היינו לוקח כגון הנית והטליה דלא שייך בה תקנה הנז' מבואר הביטול מדברי הרב הנמקי וכמו שהוא עצמו כתב ומה לו להטריח קולמוסו במילי דכדי ובלותא ומזה נמשך לו טעות אחר דמי הכריחו להרמב"ם לפסוק כסברת הירושלמי גם בהא דלאו הא בהא תליא כו' והם דברים בלתי מובנים אפי' אלו כמו שעיני כ"ת רואות

עוד כתב בעל הקונט' וכמוצא שלל רב ישישו כי ימצאו סברא נלוזה ואת כל הישרה יעקשו ע"כ שמעו מלכי' עד מה הגיע גאותו וגאונו שמרוב חפצו לירות הכין כנגדו נגע בכבוד רבותינו שבגולה ר"ח ורבינו האיי והתו' והרשב"ן ז"ל ובעל העיטור ז"ל לומר על סברתם שהיא סברא נלוזה ונלאה ומה גם בהיות סברתם סברת ר"י נפחא והירושלמי תקיפי ארעא דישראל ואלו היה רואה כמה הפליג מהר"ם מטראני ז"ל לקרוא תגר על הרב המופלג מהרר"י קארו ז"ל שכתב על סברת הר"א מוורדון ז"ל ודבריו בטלים היה נושא ק"ו בעצמו לכלום סיו אם הר' אליעזר מוורדון שהוא מהאחרונים ולא נתכנה סברתו בתלמוד הוקשה בעיני הרב הנז' איך יאמר רבן של ישראל מהר"י קארו ז"ל על דבריו שהם דברים בטלים כ"ש וק"ו לר"ח ז"ל שדבריו דברי קבלה ורבינו האיי גאון ז"ל אביהן של ישראל ושיטתם המגלים לנו כל סתום בתלמוד ושסברתם היא סברת תרי אמוראי גברי רברבי רבי יצחק נפחא והירושלמי שיאמר עליהם מפי בעל הקונט' סברא נלוזה ונלאה ובתרומה לי דמה היות כאחד האיים הגדול בפוסקים הוא הריב"ש ז"ל בתשובותיו סי' שע"א שכתב דברים כאלו שהם לקום בעל הקונט' הזה על סברת רבינו האיי גאון ז"ל בספר המקח דבן פקה שבא לכלל גדלות שנים ומיתתו שמכר בנכסי אביו ולא שם אל לבו שהריב"ש ז"ל רב הוא ודב גובריה שכתב עליו הרב ר' דוראן ז"ל בתשו' שהיה מומחה בדורו כרב נחמן בדורו ולו היכולת לדבר כדברים האלה מה שאין כן בזמנינו זה שאין שפין ואין רקיע לדבר כדברים האלה וכ"ש בעל הקונט' הזה ולא כלבד בכבוד הרבנים ז"ל נגע כי אם בכבוד רבני עולם אנשים שנתחמסו בתשובותיהם כטעם הקים לי ונפרט כל רבני שאלוניקי מקטנם ועד גדולם אשר כאתנו אל אל רוחם ואשר הם חיים עדינה יצ"ו שרוב יסוד פסקיהם ותשובותיהם מכח הקים לי

ומה שהעיד בשם מורינו הרב הגדול ז"ל שקר ענה ומי בקי בדברי מורי הרב ז"ל יותר ממני איברא שהוא ז"ל היה קורא תגר על האומרים קים לי נגד הרשב"א או אחר מגדולי הכוס קים המפורסמים בסברה א' או שנים מגדולי האחרונים ועל זה היה אומר נניח סברת הרשב"א ז"ל או מגדולי המורים שסוברים כן ולתפוס כסברת האחרונים הקרובים לזמנינו זו קשה בדיני ממונות אבל היכא דגדולי ישראל חולקים בדבר מערכה לקראת הערכה זה אומר ככה וזה אומר ככה ח"ו לא היה אומר מורי הרב ז"ל שאין להחזיק המוחזק בשלו כסברת המסייעים לו ותמה על עצמך איך יחלוק מורי הרב ז"ל על כלל זה של קים לי והוא כלל קיום מגדולי הפוסקים הרא"ש ז"ל בכמה תשובות בשם מהר"ם ז"ל והמרדכי בכמה אתרים בשם מהר"ב בר ברוך והגאון מהר"י קולון ז"ל ברוב תשובותיו ותשובות שלהם מפרק ח"ה היכא דקאי ארעא תיקו והיכא דקיימי זוזי ליקום ומה אאריך עוד בזה ובתשובות מורינו הרב ז"ל שנדפסו מחדש בסימן קי"ד פסק דיש חזקה להזק ראיה כדעת הר"י הלוי והר' רבינו אשר ז"ל הט פי שדרי"ף והרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ם הלוי והריב"ש ז"ל וכל האחרונים סוברים דאין חזקה להזק ראיה כיון דפלוגתא דרבוותא היא המע"ה והפרין על הפזה וכתב דכל שאתה יכול להרבות בספקות ובספיקי ספקות לא מפקינן מיד המוחזק ובסי' קי"ט כתב על ש"מ שחילק נכסיו ליורשין בכני אשתו דאע"ג דדעת הפוסקים דדוקא כמחלק נכסיו לבניו איבדה כתובתה מאחר דר"ח ורשב"ם ז"ל סוברים דלאו דוקא בניו המע"ה

ומ"ש עוד בעל הקונט' וגם שרים רבים ונכבדים והגדולי המורים ז"ל שמעתי אומרי' כי רחקו ממנו ובתורתנו אתנו ללכת ע"כ לא הר"ס ולא תהא שמיעה גדולה מראייה ואני נתגדלתי בקוסט' וכל ימי גדלתי בין החכמים וראיתי שהיו מחזיקים המוחזק בשלו בטענת קים לי וכמה קונטריסי' כתבתי בהיותי בקוסט' ורובם ככולם נבנו יסודם על כי הקים לי ולא נמנעו הרבנים לחתום יד ימינם ולא היה פוצה פה ומצפצף הדור אתם ראו רבינו הגדול הרא"ח ז"ל שהיתה תכלית הוראתו כרובה בקוסט' ומוראה הוראה היה בהרבה מתשובותיו פסק דאין להוציא מיד המוחזק שאומר קים לי בסי' כ"א וט' וכ"ב וק"א ול"ג כדבר שהמחלוקת שקול או אפי' בדבר שאפי' שרוב הפוסקים ז"ל מסכימים לדעת אחד מ"מ הפוסקים המסכימים לסברא האחרת הן רבים עתה אלא אפי' בדבר שרובא דרובא מסכימים לדעת אחד וכשם המנהג כדבריהם ויש שנים או ג' פוסקים בסברא האחרת כתב דיכול המוחזק לומר קים לי אלא נגד עינינו בענין מחלוקת הפוסקים אם בכתב יד נאמן לומר פרעתי שרוב הפוסקים אחרונים וקדמונים הסכימו שנאמן לומר פרעתי זולת הרנ"ה והרמ"ה והרשב"א ז"ל ופשט המנהג בכל בתי דינים לדון שנאמן לומר פרעתי כמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קמ"ו ותי"ב גם מהר"א ששון ז"ל בסי' ל"ה כתב כולהו דייני דייני דנאמן לומר פרעתי וכ"כ הרא"נח ז"ל גופיה בסי' י"ח וקי"ו ואעפ"י כן בסי' ל"ב כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דאינו נאמן והרדב"ז דאתריה דמר הוה לפסוק כר"ה כהרמב"ם והקים לי לא היה נהוג במקומו כמו שהוא נהוג אצלנו כתב בתשובה אחת על מחלוקת שהביא הר"ב העיטור ז"ל בסי' מ"ט הות י"א אם צריך שיקנה בקנין על האמנות או לא דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מיד המוחזק ואכריין כמטייה לבעל הקונט' שמתוך גסותו שבר תוחה על גדולי עולם למדנו שבחו שהוא יחיד בדור לאפקוטי ממונ' כרבי אמי ורבי אסי ונשקול דעתו והכרעתו להכריע כסברת הרי"ף ושיטתו היא האמיתית ולא כסברת ר"ח ז"ל דן דיכא להוציא מיד המוחזק מה שלא זכו הראשונים נוחי נפש ברוך שחלק מחכמתו לבשר ודם

עוד כתב בעל הקונט' דמאחר דטענת קים לי חלושה די כשהבעל דבר מעצמו יטעון כך אבל לא כשטון הנחנו כטעונו ע"כ המשוער אבלי שבעל הקונטרים נתן רבות ליד לכתוב הטולה על רוחו בלא ראות בספרי הפו' אם יצדק כדברו יונה בספנו וכו' כתבתי בפסקי הא' שדברי מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' ק"פ ברור מללו שב"ד טוענין כן והדברים מוכרחים בעצמם שהרי מהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל שכתבו כגון זה שיכול המוחזק לומר קים לי כהכרח הוא שאנחנו נטעון בעבורו דבעל דבר בעצמו ליתיה קמן בדי שיטעון קים לי וכבר ראה הוא בחולשת דבריו וכתב אמנם ראיתי להרשד"ם ז"ל כו' כאלו ראה דבר מחודש וכמה דיו משתפך וקולמוסים משתברים לא הועיל ומן התימה עוד עליו שלא הבין דטענינן ליתמי קים לי כמו שדברי הפוסקים מלאי' מזה ואלו נפרע שלא בפניו אחים מאב ואם טם הבא ליפרע מנכסי יתומים כמו ששנינו הנכסי יתומים. לא תפרע אלא בשבועה והנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה

עוד כתב בעל הקונט' דנ"ל שיש שם שבועה אין לומר קים לי והביא ראיה מדברי הרשד"ם חלק ח"מ סימן כ"ט וקנ"ט וק"מו ובאמת דברים הללו אין רוח הכמים נוחה מהם דמה ענין זה לזה ומה דמות תערכו לו׳ בנדון הרשד"ם בהקומות הנז' אם אינו מקיים השבועה עובר על השבועה בודאי לדעת קצת אבל השתא דהכא שהוא משום שוכר וראיה אי איכא להו אפי' לדעת הרי"ף וסיעתו אינו עובר כיון דכבר פרע מלבר דאישתמיט ליה לבאותו ניון של הרשד"ם ז"ל מהריב"ל ז"ל חולק עליו ושובר קנין אין כאן שבועה אין כאן וראיתי מגדולי המורים הבאים אחרי הרב ז"ל דקיימי כשיטתיה וברוא לי שלא שלט עין בעל הקונטרים עליהם איברא דשויין דעלמא דכופין אותו לקיים שבועתו וכן עלתה הסכמתי במקום אחר

עוד כתב בעל הקונט' דכיון דהמלוה נשבע יותר ראוי להאמין למלוה מלוה ע"כ הוא הדבר אשר דברתי העולה על רוחו כותב על הספר בדיין מאין כנות הילדקו דברין אם לא עיני בשר לו למה לא הביט שר"ח וסיעתו ז"ל שסוברים שאין יורדין לנכסי לוה שלא בפניו הוא אפי' בשבו' דבלא שבועה לכ"ע אין נפרעין שלא בפניו כמו שכינו והנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה ואפ"ה לא ס"ל בודאי לא עשה שובר ונמצא שהמלוה נשבע לשקר וק"ו הדברים הוא אם בנדון התלמוד שמדבר שאין שם שבועה ללוה והיה תקו' לומ' שכאמין למלוה שלא פרעו מאחר שנשב' ודאי שלא נשבע לשקר אע"פכ סוב'ר"ח שאינו נאמן בשבועתו כ"ש שלא נאמינהו כשיש ללוה שבוע' שאם לא פרע לא היה עוב' על השבו' לפי דעתו שכל שאינו כאן לא חיישינן לאריכו' זמן וכמה לא אלי ולא מרגיש האי מרבנן כמ"ש וראובן אם לא פרע עליין אפשר דאינו עובר על השבועה לפי שהוא לא נתחייב רק אחר שישבע שמעון וידע מה הוא חייב לו ע"כ דשבועה זאת מאי טבירותיה דאע"ג דהאמין ראובן לשמעון שכל מה שימצא כתוב בפנקסו עד סך מה אחר שישבע הרי הוא נאמן בשבועתו כו' היינו למה שימצא כתוב בפנקסו בלא שטר ובלא עדים אבל למה שהוא חייב לו בשטר מקויים בך קלוב בלא שבועה נובה הוא הסך ההוא וא"כ אם יש לו תביעה עליו שלא היה הסקדוזה נשבע ונשטר אם לא האמינו הכל לפי מה שהוא הנאמנות אם לא שטוען פרעתי שאז בעל השטר חייב לישבע קודם שיגבה אם לא שהאמינו נ"כ על פרעון ולגבי טענת פרעתי ליכא למימר שאינו עובר על השבועה עד שישבע לו שלא פרע דבפרעון ליכא ספיקא קמיה ואם לא פרע כבר עובר על השבועה ואם באת לומר שמא פרע ואינו עובר על השבועה נמצא המלוה עובר על השבועה שנשבע שלא נפרע וא"כ ליכא מציאות דאין אחד מהם עובר על השבוע' ונ"ל שהלך הלוה למ"ה אף שבשבועה גבי לדעת הרי"ף ז"ל וסיעתו הוא להוציא מלבנו חשש שובר או ראיה דלגבי לוה עלמו אין צורך דאם יש שובר או ראיה אינו גובה כלל שכבר נפרע ואם אין לו שובר בלא שבועה הוא גובה בשטר מקויים שבידו הסך הנז' זולת כשהוא טוען פרעתי וכבר כתבתי דבטענת פרעון א' עובר על השבועה בהכרח

ואם דעת בעל הקונט' לומר דבנ"ל יגבה המלוה כל מה שכתוב בפנקסו מחמת הנאמנות ובשבועה הנזאת לא בדקת אטנהו דאפי' לדעת הרי"ף וסיעתו ז"ל אין יורדין לנכסי לוה שלא בפניו אלא בשטר מקויים אבל מלוה ע"פ ואפי' בשטר אם יכול הלוה לטעון מטנה וליפטר בשבועה אין יורדין לנכסיו שלא בפניו כמו שהוא מבואר בדברי הרא"ש במ"ל והרב בעל הטורים ז"ל וכל הפוסקים המדברי' בענין זה וכן כתבה מהר"י קולון ז"ל בשרש ק"ט ובנ"ד אע"פ שראובן האמין לשמעון שכל מה שימצא כתוב בפנקסו עד סך מה אחר שישבע הרי הוא נאמן בשבועתו בפני עדים כשרים והוא חייב לפרוע פרעון גמור כו' אפשר שאם טוען פרעתי נאמן כיון שלא האמינו בפירוש על הפרעון ומכין למימר דלא האמינו בפני עדים כשרי' אלא לענין שלא יכפור בעיקר החוב או שלא היה כ"כ סך כמו שטוען המלוה אבל לענין פרעון כיון דאפי' כנגד העדים נאמן לומר פרעתי אף בנדון זה בנאמנות זה נאמן לומר פרעתי ודבר זה השכל מחייבו דיש מקום לתלות שלא האמין הלוה למלוה אלא בדבר דרמי אמלוה לאדכורי ולא רמי אלוה והוא ענין הסך שמולא לו המלוה דעליו רמי לאדכורי ולכתבו בפנקסו שמא ישכח הלוה מה שמלא לו בשיירא אחת ולא יכתבנו בפנקסו אבל פרעון דרמי' אלוה לאדכורי יותר מהמלוה לא האמינו לבדבר שהוא ברור לו לא האמינו וכבר מפורש בדברי הפוס' שאין לתלות הנאמנות אלא בענין היותר פחות שאפש' וכמ"ש הראנ"ח ז"ל בסימן כ"א והע"פ שבעל התרומות בשער כ"א כתב דכי כתיב בשטרא נאמנות סתם למלוה אם טען שלא נפרע מהני והשכים הוא ז"ל דאפי' בפוגם שטרו מהני כבר כתב שם שיש סוברים דבפוגם שטרו לא מהני ובנ"ד פוגם שטרו הוי

ומיהו אין צורך לזה דבנ"ד אפי' היה כתוב בשטר האמנתיו בכולו או במקצתו או אפי' לסברת בה"ה דאפי' בלא זה מהני ליה הנאמנות אפשר דכ"ע יודו דלא מהני ליה הנאמנות לטענת פרעון דבדון ב"ה מיירי בשט"ח מסך קלוב דלומר לא הד"ם או לא היה כ"כ חוב בלא נאמנות נאמן המלוה ולפיכך כל שכתו' נאמנו' סתם מסתמ' על הפרעון האמינו אבל בנדון שלנו דיש צורך אל הנאמנות לשלא יטעון לא הד"מ או יכפור בסך נפרש שמ"ש הרי הוא נאמן בשבועתו בפני עדים כשרים לענין כפירה דוקא אבל לא לענין פרעון ודיו לבא מן הדין להיות כנדון ומה לגבי עדים יכול לטעון פרעתי אף לגביה דידיה נאמן לומר פרעתי שוב הגלתי דמ"ש בס"הת נאמנות סתם לאפוקי נאמנות בין בכולו בין במקצתו

ואי נמי נימא דאף בנ"ד לפרעון נמי הימניה עדיין אפשר ללוה לטעון טענת מחילה דהנאמנות אינו מועיל לטענת מחילה כמ"ש הרמב"ן ז"ל הביאו שנרתו בטור ח"מ סי' ס"ב והייתי סבור לומר דהא דנאמנות לא מהני לטענ' מחילה היינו היכא דבפירוש הימניה על פרעון אבל נאמנות סתם אפשר דמהני אף לטענת מחילה אלא שראיתי בספר הטורים בסימן הנז' כתב והמדקדקין כותבין והאמנתיו לומר לא נתפרעתי ובכל ענייני חוב זה ואם איתא דבנאמנו' סתם מהני מה להם למדקדקים להאריך כיון דנאמנות סתם מהני נם לרב בעל המפה ראיתי שהגיה על הרב ז"ל וז"ל ויכול לטעון מחלת לי אף על פי שיש בו נאמנות שהנאמנות לא קאי אלא על הפרעון ע"כ ופשט לשונו מורה בנאמנות סתם אע"פ שאפשר לפרש דבריו בענין אחר כמו שאבאר והמעיין בהראנ"ח ז"ל סימן כ"א יראה בבירור דאף נאמנות סתם לא מהני לטענת מחילה וכן נר' מתשובת הרשב"א ז"ל בסימן תתקנ"א הביאה הרב ז"ל בב"י סי' ע"א שוב ראיתי למהריב"ל ז"ל בס"א סימן כ"ה השכים דלא מהני יע"ש ואף אם כתוב בשטר זה כמו שכותבין המדקדקים עדיין יש לפקפק כמ"ש הבע"הת והרב בעל הטורים בשם הרמב"ן ז"ל

ונ"ל שלזה כיון בספר המפה בהגהה שהזכרתי למעלה וכונתו לומר דאף נהה שכותבין המדקדקים יכול לטעון מחלת לי דאי לא קאי אלא בשכתוב נאמנות סתם היה

היה לו להביא זה קודם מ״ש הרב ז״ל והמדקדקים כו׳ אלא ודאי דין בעל המפה נפי המדקדקים וזה ברור לע״ד באופן שאם אין השטר קלוב והעדי׳ עדים על החוב אפי׳ בשהאמינו לא מהני לשוי נאמנות כולל ויכול לטעון פרעתי או מחלת לי ואפי׳ כתוב בו משורר בכל חזוקי סופר ובכל תוקף יש להסתפק אי מהני לשוי כולל ואין לסמוך על זה להוציא ממון כמ״ש מהריב״ל ז״ל ס״א כלל י״ט סימן ק״ה

והיה כ״ל לומר בכל שטר שאין העדים מעידים על החוב אפי׳ יהיה נאמנות בו באופן שא״א לטעון להד״מ או פרעתי או מחלת לי עדיין אפשר לטעון אמנה ורבית או טענות אחרות דהע״ג דכתב הרמב״ם ז״ל בפי״ד דה״מ דכטוען טענת אמנה או רבית יכול בלא שבועה אפי׳ בלא נאמנות היינו כשטר מקויים שהעדים מעידים על החוב אבל כל שאין העדים מעידים על החוב יכול לטעון טענות אלו וסימכין תלאתי שסייעוני כזה בתשובה כ״י להרדב״ז ז״ל שכתב אין כפור מועיל לטענות אחרות כגון תנאי היה או טענת רבית או שטר אמנה כו׳ ע״כ אלא שראיתי למהריב״ל ז״ל בח״ג סימן כ״ה כתב במי שנתחייב בשטר לפרוע כל מה שימצא בחוב בפנקסו בכתב ידו אין לו דין שטר ויכול לטעון אמנה או רבית במנו ופרעתי ואם כתוב בשטר לשון שנאמנה שהאמינו על כל הטענות וקנה בקנין על הנאמנות דין שטר יש לו ע״כ אף׳ אמנה או רבית היכן יכול לטעון אלא כדאיליה במנו והי לית ליה הגו לא והא לאו דידיה היא את מפע״הת שער י״ב הביאו הרב בעל הטורים ז״ל בח״מ סימן ס״ט וז״ל ואם טוען אמת כי אתמתי כו׳ או שטוען אמנה שאמן בהפת במנו דפרעתי ע״כ הרי דאינו נאמן אלא במנו והטעם שבל טענה שאינו עוקר גוף השטר או הכתב יד נאמן בלא מגו וכל טענה שעוקר גוף השטר אינו נאמן אלא במגו ודברי הריב״ג ז״ל אינן ענין זה דהרב ז״ל עסיק בטוען כך אחר הפרעון ומ״מ למינו מתוך דברי הרב מהריב״ל ז״ל דכל דאפשר לטעון פרעתי או מחלת לי אע״ג שכת׳ בשטר דיתחייב בכל מה שיטעון בשבע ונפטר כמ״ש למעלה

ואם יאמר אומר לא להיכו מדברין אלא בשיכול לטעון פרעתי אבל כשאינו יכול לטעון פרעתי ויכול לטעון מחלת לי לא למדנו מדבריו אף אתה הקהה את שניו ואמר לו שהרי כתב מהריב״ל ז״ל בסימן הנז׳ כלשון הזה ונר׳ שהכוון שלא יבא לאמן לומר פרעתי או שאר הטענות ע״כ ובודאי דבכלל הטענות בכלל נ״כ טענת המחילה דאי לא תימא הכי אלא דאפי׳ שיכול לטעון מחלת לי דין שטר יש לו קשיא עליה דרב ז״ל מ״ש כשיכול לטעון פרעתי אין לו דין שטר וכיכול לטעון מחלת יש לו דין שטר והלא מחילה דיכה כפרעון וכמ״ש למעלה בשם הרמב״ן ז״ל ושאר הפוסקים ז״ל אלא ודאי ס״ל לרב ז״ל דכל שיכול לטעון איזו טענה שאינה עוקרת השטר אין לו דין שטר עוד למדנו מדבריו דבנאמנות תפשת מועט תפשת ואפי׳ במקום שאנו יכולים לטעון ולתלות שטעה בדין הלוה כ״ש כשאין צורך לומר שטעה בדין וא״כ בנ״ד ואם לא היה השטר אם יכפור הלוה היה נשבע ונפטר אחר מעתה דהנאמנות אינו אלא לשלא יכפור אבל במודה יכול לטעון פרעתי וא״ת שהנאמנות מועיל אף לפרעון למחילה לא הימניה ויכול לטעון מחלת לי וישבע ויפטר וכבר כתב הרא״ש ז״ל בסימן כ״א דטענת מחילה היא טענה טובה אפי׳ ליפטר וכ״כ מהר״ם הלוי ז״ל הובאו דבריו בתשו׳ מורי הרב ז״ל ח״א סי׳ פ״א אבל מורי הרב כתב שם דטענת מחילה אינה טענה אלא לשבועת הסת אבל אינה טענה טובה ליפטר (הגהה עיין מ״ש כזה בספר כנה״ג חלק ח״מ סי׳ ע״ח בהגהת הטור אות כ״ב כ״כ ההגה״ה)

עוד כ׳ בעל הקונט׳ שאף שכתב הרא״ש דכל זמן דאינו תובעו אינו עובר על השבוע היינו כשאינו׳ עומדי׳ במקום שיכול לתובעו אבל בכיוצ׳ בנ״ד דאינו יכול לדבר עמו לא על פה ולא בכתב כו׳ ודאי דעל הלוה רמי לאהדורי בתריה ע״כ ואם לא נפל ע״ש כדבריו לא ידענא מאי קא״ת דנהי דבנ״ד אינו יכול לדב׳ עמו ע״פ אבל בכ׳ אמאי לא והלא מוניציא לקושטא ומקושטא לברוסה שיירו׳ מצויות והיה יכול להזהירו בכתב שיפרענו בכאן זמנו וגבי מחאה פסקינן בפרק חזקת הבתים דכל שאינו שעת חירום ושיירות מצויות במחאה שלא בפניו הויא מחאה

ויותר נכון הי״ל לומר דאם הרא״ש ז״ל כתב דכל זמן שאינו תובעו אינו עובר על השבוע׳היינו כשעומדי׳ בעיר אבל כשהלך לא״ה על הלוה רמי לאהדורי׳בפשי׳ דלמלוה לא רמי כדבר שצריך טורח לכתוב ולחזור על הכתב כי יובילנה עיר שהלוה עומד שם ומשמחה ליכא קושיא דבמחאה ליכא טורח אלא כל שמוחה בפירוש בפני עדים אפי׳ שהוא במ״ה האיא מחאה דחברא דחברך חברא אית ליה אבל כל החילוקים האלו הגם כאין ובפלו מאפע כל זמן שאין לנו תוכאין דאיה מוכרחת לחלק חילוקים כאלו לא מפני שאנו מדמים נשבה מעשה להוציא מיד המוחזק ומה גם במקום שיש לנו לומר אם איתא לחידוש כזה איבעי ליה להרא״ש ז״ל לאודועי ולא לאשת׳לן שתוקי ומ״מ מידי ספק שבועה לא נפיק

עוד כתב בעל הקונט׳ שפשוט בעיניו דלדעת מהרש״ך ז״ל אין חילוק בין נשבע המלוה בפני ב״ד שנשבע לנשבע במקום שנמצא הלוה שם ואירכא במקומו יותר טוב שאפשר שהם יודעין שום דבר מהפרעון ומתבייש מבני עירו ע״כ ורואין הדברים למי שאמרן דנהי דבמקום המלוה יותר טוב לענין ההלואה בעלמא ובפרט שנעשית במקום המלוה אבל לענין הפרעון היכי׳ לב אנוש לומר דבמקום המלוה יודעין ענין הפרעון זו לא אמרה אדם מעולם דמקום המלוה אפשר שאין יודעין שום דבר מפרעון כיון דלא איכפת ליה לפרסם הפרעון מה שאין כן כלוה דמפרסם הפרעון אי משום שלאחר הלה לא יכפור אי משום שידעו העולם שפרע ולא נייל׳ בכפיה ולא דיי לבעל הקונט׳ דאזיל בתר איפכא אלא דכשכרתו משוה לדייני אלבשוריא טועים גמורים ודאי האי לורבא מרבנן כמאן דלא נמירי שמעתתא והנה אמת שדעת מהרש״ך ז״ל דבכל מקום שישבע המלוה יורדין לנכסיו ומ״מ לא היו דייני אלכסנדריא טועים בזה הלא שיפתא׳ליה דאפי׳ קודם שישבע המלוה הממון יהא מונח עד שיבא המלוה וישבע ומהרש״ך ז״ל חולק עליהם ומוכר דכל שלא נשבע המלוה אין להוציא הממון אפי׳ להניחה ביד ב״ד ובוב ביגותי בדברי מהרש״ך ז״ל וראיתי דלא השמט מדבריו למתבונן בהם הטב

עוד כתב בעל הקונטרס שאין לפקפק בנ״ד מפני שלא נתקיים השטר שלא בפני הלוה שכבר כת׳ מהרי״ט ז״ל בח״ג סימן ל״ה שאין לומר קיים לי כהרא״ש ז״ל ע״כ האויבו כל חכמי לב אם דברי מהריב״ל ז״ל לא הייתי מניאם בפסקי היה מקום לומר שבא לאיש עליו דברי מהריב״ל ז״ל אבל מאחר שאיה הרוליד הראב״ן שוכרי דברי מהריב״ל ז״ל בפסקי מה היא הייט בדבריו אלא שבל זה הוראה שלא ירד לעומק דברי מהרא״ש ז״ל ונפ׳ את דברי לא הבין דמי זה אמר ואם הרא״ש חולק על ההלכה דמקיימין השטר שלא בפני בע״ד מאחר קים לי בשותיה לדעת מהריב״ל ז״ל אבל מ״ש הא׳דכתי ימוב הראב״ן ז״ל שמשכים דברי הרא״ש ז״ל אל ההלכה יודה מהריב״ל ז״ל שיכול המוחזק לומר קים לי כהרא״ש כמנהגהטוב בכל מגו ומ״ב שהרשב״ס ז״ל הזכיר דברי הרא״ש ז״ל ולא הזכיר בהם קים

לי

לי מי גבר יחיה ולא יראה שגגת הרשד"ם ז"ל לומר דהלכה היא להחזיק המוחזק בשלו דאלת"ה מה הקשה על החכם המור' שכ' ובשלמא אם היה לו שטר כו' מתשוב' הרא"ם והלא תשובת הרא"ם ז"ל דחויה היא מהלכה אפי' להחזיק המוחזק בשלו אלא ודאי שדעת הרשד"ם ז"ל דהלכה היא להחזיק המוחזק בשלו ועל זה הקשה להחכם המורה דאיך השליט המאמר לומר דאם היה לו שטר היה הדין עם בעל השטר וכפי תשובת הרא"ם ז"ל יכול המוחזק לומר קים לי וזה פשוט ומבואר לעין כל הישר הולך

עוד כתב בעל הקונטרים דקיום השטר משום חששא דמזוייף חששא רחוקה היא ואין לומר קים לי דומה למ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קכ"ז ותכ"ה ע"כ גלו וראו כמה כחו גדול דמדמי מילתא למילתא ולא דמו הא להא כי אוכלא לדנא התם בנדון הרשד"ם ז"ל הטעם דלא טענינן קים לי מפני שטענת היתומים העתידים לטעון אינה טענה ידועה אצלנו ועל הספק שמא ימצאו טענה לבטל המחאה לא אמרינן קים לי אבל בנדון שלנו דטענת מזוייף היא ידועה אצלנו אף אם היא חששא רחוקה טענינן לה ויכול המוחזק לו' קי"ל וזה לדעתו דחששת מזוייף חששא רחוקה היא אבל אני אומר שהיא קרובה תדע דהא קי"ל מודה בשטר שכתבו ואומר שהוא אמנה או פרוע נאמן במגו שהיה יכול לומר מזוייף הוא ואי טענת מזוייף חששא רחוקה היא אין אומרים בה מגו דמגו מטענה דלא שכיחא לא אמרינן כמ"ש הרדב"ז ז"ל בתשובותיו ח"ב סי' ס"ט וכ"כ בספר כריתות בכללי המגו סי' קפ"ז ומורי הרב ז"ל בתשובותיו סי' ט' ועיין במהר"י הלוי ז"ל סי' י"ג איברא דהתו' בפ"ק דגיטין כתבו דחששא דמזוייף לא שכיח וזה יהיה לפי דעתם דס"ל דכל שאינו נפרע בפניו לא טענינן ליה אבל לאחר הפוסקים דס"ל דצריך קיום חששא קרוב' היא שמא מזוי' הוא וטענינן לי' ושוב מצאתי למהריב"ל בס"ג סי' ע"ט בשטר שאינו מקויים אם נאמן לומר פרוע במגו דמזוייף פלוגתא דרבוותא היא וכתבו התוס' דאינו נאמן לומר פרוע במגו דמזוייף ע"כ

עוד כתב בעל הקונטרים ועוד דבשטר זה חתום ראובן עצמו באופן שאין לפקפק בזה ולזה הסכים גם כן הרא"נח ז"ל בסי' נ"ו ע"כ וגם בזה כתב כן בלי העמיק בדברי הרא"נח ז"ל ולא ירד לעמקן של דבריו וז"ל הרב ז"ל מעתה אחר שטעם הדבר בענין קיום השטר שכנגד היתומים הוא מן הטעם שכתבנו גבי כתב יד לא שייך האי טעמא כלל כיון דהקיום מהני לענין הכרת החתימה אפי' שלא בפני בע"ד א"כ הכתב יד נ"כ יכול להתקיים שלא בפני בע"ד אבל הודאה ודאי מהניא והיינו טעמא דהטור ז"ל בכתב ידו מיירי אפי' מתקיים לאחר מיתה ומכלל מ"ש עלה בידינו דבמקום שהכתב יד מתקיים ע"י עדים גובין בו אפי' מיתומים קטנים כו' א"כ חזרנו לדין קבלת עדים שלא בפני בע"ד דלדעת מי שסובר דבעינן שיהא מקויים בחיי האב הכא לא מהניא כלל א"כ היה בשטר חתימת הלוה כמנהג השטרות שלנו ע"כ וכתב בעל הקונטרים שדעת הרב ז"ל שכל שבשטר חתום הלוה עצמו כל שמתקיים ע"י עדין אפי' שלא בפניו בפנינו מקרי וטעה בעיונו דלא כתב הרב ז"ל דבכתב יד מהני הקיום שלא בפניו אלא כבאים לקיים חתימת הלוה עצמו דהרי הוא כאלו הודה בפנינו אבל כבאים לקיים עדין אע"פי שהוא חתום בשטר מה יועילנו חתימת העדים וקיומן לשוייה מלוה כאלו הוא בפנינו ואפי' אם יקיימו חתימת הלוה וחתימת העדים אין לו דין שטר ויכול לטעון פרעתי דכהי דקיום חתימתו מהניא שלא יוכל לומר להד"ם אבל קיום העדים כיון שלא נתקיים בפניו יכול לטעון פרעתי ואם הרב כ' דלדע' מי שסוב' דבעי' שיהיה מקויים בחיי האב הכא לא מהניא כלל אלא א"כ היה בשטר חתימת הלוה כמנהג שטרות שלנו לאו במקויימים השטר ע"י עידין קאמר אלא במקיימים השטר ע"י חתימת הלוה עצמו והכרון דידיה שהיה תוך זמנו דאין צ"ל רק אל קיו' חתימת העדים דלא יהא אלא כתב יד כיון שהוא תוך זמנו ונתקיים נפרעין מן הקטן דהשתא לא טענינן להו פרעתי כיון שהוא תוך זמנו וחזקה לא עביד איניש דפרע גו זימניה ומטעם זה נפרעין מהם מלוה ע"פ כמבואר בטור ח"מ סי' ק"י אבל אה"נ דבשטר שעבר זמנו אפי' נתקיים הוא ועידיו שלא בפניו יכול לטעון פרעתי והכי נמי דייקא לשון הרב ז"ל למתבונן בו שכתב דלדעת מי שסובר דבעינן שיהא מקויים בחיי האב הכא לא מהניא כלל כו' ואם כדעת בעל הקונט' דאפי' בשטר שעבר זמנו מהני קיום שלא בפניו כל שחתום בו הלוה מלת הכא שכתב הרב ז"ל אין לה מקום דהי"ל לומר דלדעת מי שסובר דבעינן שיהא מקויים בחיי האב לא מהניא כלל א"כ כו' אבל לפי האמת והוא מ"ש מלת הכא בדוקא דדוקא בנ"ד שהיה תוך זמנו מהניא חתימת הלוה אבל לא באחר שפירות שעברו זמנן וזה ברור מעצמו מלבד שיש סיוע לזה ממ"ש הרב ז"ל למעלה וז"ל ובנפרע בפניו שא"א לומר כן לריך שיהיה השט' מקוי' מקודם ע"כ העיני בשר לו יראה דלא תשכח הרב ז"ל גוונא להעמיד דברי הר"ב הטורים בשא ליפרע שלא בפניו אלא במקויים מקודם ואם כשהלוה חתום מעצמו משכחת לה במקיימים אותו לאחר מיתה היה לו לבאר זה בפירוש ולומר דכשהלוה חתום בעצמו משכחת לה במקויים לאחר מיתה כי היכי דכתב דבכתב יד משכחת לה אפי' במקויי' לאחר מיתה אלא ודאי כדכתיבנא גם בסי' י"א רמז הרב ז"ל מ"ש בתשובה זו ולא ביאר גם דבשטר שהלוה חתום עצמו מתקיים שלא בפניו והוא הוכחה למ"ש דלא כתב הרב ז"ל כן בסי' ט"ו אלא באותו הנדון שנשאל שם הרב ז"ל שהיה תוך זמנו זהו מה שראיתי לחטט אחר דברי בעל הקונט' דרך הערתו וקריאה חלושה כי לא רציתי להטריח עצמי כמה שהיסוד רעוע והולם במה שנצטוינו מפי האלם יהושע בן פרחיה הוי דן את האדם לכף זכות שלאתי הקום פטור לבעל הקונט' במה שלא דק שמפני ביטול בית המדרש לא דק וכנזכר על שלשלות כתב מ"ש כמ"ש הוא עצמו פעמים שמפני ביטול בית המדרש לא היה מאריך וקצר במקום שאמרו להאריך

ואחר שהראיתי לכ"ת שדברי בעל הקונט' בטלים הם מעצמם ואין להם על מה שיסמוכו ראיתי לחוות דעי אף אני כדת מה לעשות לענין פסקא דדינא ואומר דאין ספק אצלי והוא פשוט בעיני כביעתא דכותחא דבמחלוקת הרי"ף וסיעתו ז"ל עם ר"ח וסיעתו ז"ל שורת הדין הגמור שלא להוציא מיד המוחזק מאחר שר"ח ורבינו האיי גאון ז"ל והתוס' ובעל העיטור והרמב"ן ז"ל סוברים דאין יורדין לנכסיו שלא בפניו וכמ"ש הרשד"ם ומהרש"ך ז"ל וכמ"ש בפסקי הראשון ואף החכם השלם סיני ועוקר הרים מר קשישא מהר"י אישקאפה נר"ו אינו חולק בזה כפי מ"ש כ"ת ואחשוב שלא ימצא איש בריא הדעת חולק על זה זולת בעל הקונט' ודברין מבוארי' הביטול כמו שכבר הארכתי בביטולן

ועתה אני מוסיף דאפי' הרי"ף וסיעתו ז"ל יודו דאין יורדין לנכסיו דע"כ לא פליגי על ר"ח אלא בנדון התלמוד שלא היה שם עסק שבועה ביניהם אבל בנדון שלנו שיש עסק שבועה ביניהם וחייב הלוה לפרוע למלוה לזמן פ' יודה הרי"ף ז"ל דאין יורדין לנכסיו דהלכה רווחת דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וא"כ בודאי יש לנו לחוש שהלוה פרע בזמנו שלא יעבור על השבועה ובודאי שיש לו שובר או ראיה וחששא קרובה היא ולא רחוקה ועוד כיון דטעם רב נחמן דיורדין לנכסיו שלא בפניו הוא מפני התקנה שלא יהא כל א'

נוטל

כותל מעותיו של חבירו והולך לו למ"ה ואתה נותל דלא כבני
לוין כודאי כשהלוה נשבע ועומד לא תקנו דלא שכיח שיהא
אדם משבע ועומד לכרוע לזמן פ' וילך לו למ"ה ולא יפרע
בזמנו ויעבור על השבועה ובמילתא דלא שכיחא לית כאן
תקנה תדע שהרי תקנו בטלטולה שאין מגבין למלוה
מטלטלין שמכר או נתן הלוה מפני תקנת השוק ואם ללוה
שט"ח על אחר ומכרו כ"ח גובה היינו דכיון דלא שכיח
לא תקנו בו תקנת השוק כמו שמבואר בתשובה להרא"ש ז"ל
כלל כ' הובאה בח"מ סי' ס' והדברים ק"ו אם בנדון הרא"ש
ז"ל שאם ישעבו לא משוי עצמו רשע משום דלא שכיח לא
עשו בו תקנת השוק בכ"ד שאם ישעבו משוי נפשיה רשיעא אינו
דין שנאמר דלא שכיח ולא תקנו

ומעתה אני בא לומר דכבחי או בלא הכתבים כחי עתה
אחר שנתחדשו הכתבים והטעם דאם באנו לחוש
לסברת ר"ח ז"ל אם מפני שסברתו מתחוורת מסברת הרי"ף
ז"ל או מטעם קים לי אין יורדין לנכסיו עד שיודיעו ב"ד
ללוה שרוצים להוריד למלוה בנכסיו שבהודעה זאת אנו
יוצאין מידי חשש שובר או ראיה דאם היה לו שובר או
ראיה היה מודיע לב"ד כדי שלא ירדו לנכסיו אבל כל שלא
הודיעו ב"ד ללוה שרוצים להוריד למלוה לנכסיו אף שמחמת
כתבי הלוה נראה שלא פרעו לא שמיעא לי מה יועילנו זה
נהי דמתוך כתביו אנו יודעים שלא פרעו עד אותו הזמן
מ"מ יש לנו לחוש שמא אחר הכתבים נמלך ושלח לו לפרוע
ויש בידו שובר או ראיה ואם כשיש שטר מקויים אנו חוששין
שמא שלח לו מעותיו ויש לו שובר או ראיה כ"ש בכתבים שיש
לחוש שמא אחר הכ' הזה יום או יומי' פרעו ע"י רץ ובשלמא
כשב"ד מודיעים לו שרוצים להוריד מלוה לנכסיו ולא הודיע
לב"ד שיש לו שובר או ראיה או יורדין לנכסיו שאם היה לו
שובר או ראיה היה מודיע לב"ד ולחוש שמא פרע אחר ההודע'
ליכא למיחש דאטו בשופטני עסקינן דכיון דב"ד הודיעו לו
שרוצין להוריד המלוה בנכסיו לא היה פורעו שלא בעדים
או בהודעה לב"ד שפרעו אבל כשלא הודיעו לו שרוצי' להוריד
המלוה לנכסיו אף שיש ביד המלוה כתב מיד הלוה שלא פרעו
עדיין והכתב הגיע לידינו היום עדיין יש לחוש שמא אחר
שעה שנשלח הכתב שלח מעותיו ע"י רץ קל כנשר ורץ כצבי
או ע"י לי אייר וזו טענה שאין עליה תשובה כ"ש בנ"ד שזמן
הכתב האחרון יש ששה חדשים וידוע דמויניציא לקושט' באים
אחת לשלשים יום ולפעמים בפחות וכ"ש שכבר ראיתי נוסח
הכתבים ולא ראיתי בהם הכרח שעדיין לא פרעו ואין לו
שובר או ראיה למדקדק בהם היטב

ועוד אני אומר דאיברא דבפסקי הראשון לא השגחתי
שיכול המוחזק לומר קי"ל כהרא"ש ובנו מחמת
שלא נתקיים השטר בפני הלוה ועכשיו אני חוזר בי והטעם
שבפסקי הראשון תפסתי בפשוט סברת הרא"ח ז"ל דבתלתא
ספיקי לכ"ע מוציאין מיד המוחזק וחשבתי שהיתה סברא
מוסכמת אין חולק עליה אבל עתה שראיתי למורי הרב ז"ל
בתשו' סימן קי"ד שכתב דכ"ל דלעולם לא מפקינן מיד המוחזק
כל שאתה יכול להרבות בספיקו' וספיקי ספקות אף בנ"ד
מטעם דלא נתקיים השטר בפניו אין יורדין לנכסיו אף שיהיו
כאן ספקות רבות

ואגב ארחין אמינא דמ"ש בפסקי הראשון שמה שפסק
הרא"ח ז"ל בסימן ט"ו שאין לחוש לסברת הרא"ש
ז"ל ובנו בזה הוא מפני שסובר כאותו הכלל שכתב רבן של
ישראל בהקדמתו לספר ב"י לא היה שכבר ראינו להרא"ח
ז"ל במקומות רבות מספרו הזכרתים בפסק זה משתמש בכלל
הקים לים ובפרט בענין כתב וכמ"ש • אבל הנכון
בעיני דמוכ' הרא"ח ז"ל שאין להוציא מיד המוחזק כשאומר
קים לי אמנם בסימן פ"ו בנדון הרא"ש ז"ל לא נשתמש בכלל
הקי"ל מפני שכיון שדבריו מסופקי' ה"ל כתלתא ספיקי דלכ"ע
דעתו מוציאין מיד המוחזק כמ"ש בסימן ק"ט ומה שבסימן
הנז' לא חשש לסברת רב שר שלום גאון אפי' להחזיק ביד
המוחזק הוא מפני שסברת רב שר שלום גאון ז"ל לפי פשטה
היא נגד הגמרא וצריך דוחק גדול ליישבה וגם שהיא דחויה
אצל האחרונים ז"ל

עוד אחרת יש ורוצה אני לגלותה עכשיו ולא כתבתיה
בפסקי הראשון מפני שסבור הייתי שאין צורך
לכך ועכשיו שאני רואה שיש צורך בה אגלה טפח הנה הר"ם
במז"ל בפ"ג מה' שלוחין כתב היה לו מלוה ביד אחר אינו
יכול לכתוב הרשאה עליה אפי' היה החוב בשטר כו' אבל
הגאונים תקנו שכותבין הרשאה אף על המלוה והגאונים
עצמם שתקנו תקנה זו אמרו שאין אומרים יקוב הדין את
ההר ואינה אלא כדי לאיים הנתבע אם רצה לדון וליתן
בהרשאה זו נפטר אבל אם לא ירצה הנתבע לדון עמו אין
כופין ליתן לו ולא לישבע לו עד שיבא בעל דינו ע"כ וכן
כתב הסמ"ג בה' שלוחין והטור ח"מ סימן קכ"ג וכן פסקו
הרשב"ש בחלק ח"מ סי' כ"ט וס"ג וכ' וקכ"ט ומהר"י אדרבי ז"ל
בסי' שע"ה ומהרש"ך בח"א סימן פ"ז ור"א וא"כ היאך מלינו
ידינו ורגלינו בנדון זה להוריד למורשה המלוה לנכסי הלוה
שלא בפניו מאחר דלכ"ע זולת לר"ת ולהרא"ש והמרדכי בפ'
מרובה בשם רבינו יואל ז"ל אין יכול לכופו לדון עמו ופסקו
כן הרבנים הנז' והדברים ק"ו אם כשהלוה בפנינו יכול לדחותו
כ"ש כשאין הלוה בפנינו דאעיקר' דדינא איכא פלוגת' דרבוותא
אם יורדין לנכסיו או לא דודאי למורשה אין מורידין לכ"ע
ואפי' תאמר דאיכא דס"ל דיכול לכופו כשהמלוה לפנינו גם
כשאין הלוה בפנינו יורדין לנכסיו לא משכחת בסברא זו
אלא הרא"ש ז"ל לבדו דלר"ת ז"ל כשהלוה במ"ה אפי' מלוה
גופיה אין מורידין כמ"ש התוס' בפ' הכותב ומהמקובל אצלנו
דאדני התוס' הוטבעו בסברת ר"י ור"ת ז"ל כמו שנר' מדברי
מהר"ם מפדוה בסי' כ"ה ובעל משפטי שמואל סי' קכ"ו ואפי'
לפה שנר' מדברי הרשב"ש חלק א"ה סי' קכ"ו דר"ת לחוד ובעלי
התוס' לחוד אם איתא דר"ת הוה פליג על ר"ח בהא הוו התוס'
מזכירין סברתו

ואל תשיבני ממה שכתב מהרש"ך בח"ב סו' סימן ק"פ
וז"ל ואין צורך עוד בזה לאותו טעם אחר שכת' כ"ת
מת"ש הרמב"ם שאם לא ירצה הנתבע לדון עם המורשה אין
כופין ליתן לו ולא לישבע עד שיבא בעל דינו בזמנינו זה
כל הלווים נשתעבדו ונתפשט המנהג לדון עם המורשה
שבולא המלוה ע"כ דע"כ צריכין אנו לומר דהר' ז"ל דחויי קא
מדחי לחכם המורה דמאחר דמחמת טעמי' האחרים הדין כן
כמ"ש החכם המורה אבל הה"נ דאי לא הוה טעמא אחרינא
שלא להוריד למלוה לנכסי לוה מהאי טעמא לחוד לא הוה
נחתינן לנכסיה דאי לא תימא הכי קשיא מדידיה אדידיה
שהרי הוא ז"ל כת' בח"א סימן פ"ז ור"א שיכול הלוה לדחות
המורשה בסבר' הרמב"ם והגאונים ז"ל אלא ודאי כדכתיבנא
דליכא למימר שדעת מהרש"ך ז"ל דכשהוא עצמו טוען כך
שומעין לו אבל לא שנטעון אנחנו בעבורו

ולכן בח"ב סימן ק"פ לא רצה להשתמש בטענה דהתי
תשובות כדבר אחד דאם הבע"ד בעצמו יכול לטעו'
כן ודאי שאנחנו נטעון כן בעבורו דליתומי' ולקוחו' ולנפרע
שלא בפניו טוענין להם כל מאי דהוה מצי למטען הבעל
דבר בעצמו וזאת שנית למה כת' מפני שנשתעבדו הלווין בזמן
הזה אפי' שלא נשתעבדו בנפרע שלא בפניו שאינו בפנינו
שיטעון כן לא נטעון אנחנו בעבורו ואף את"ל דמהרש"ך ז"ל
פליג

פלוג מיניה אידיה לא מותבינן מיניה ולא מסייעינן מיניה ואפי' תימא דבא"כ חזר בו ממה שכתב בא"ח כיון דהרשב"ס ומהר"י אדרבי ז"ל כתבו דיכול לדחותו הכי נקטינן דמהרש"ך יחיד הוא בדבר הזה

ושמעתי מהחכם המרומם כמה"ר משה עובדיא נר"ו שמורי הרב ז"ל בא בהרשאה מקושט' לשאלוניקי על אחד מתושבי שאלוניקי והקריב את משפטו לפני מהרש"ח ז"ל ואמר מהרש"ח למורי הרב ז"ל קמי דידי אתי מר בהרשאה לא ס"ל למר סברת הרמב"ם ז"ל והגאונים ז"ל דאין כופין את הנתבע לדון עם המורשה ואחת דבר שתים זו שמענו את שדעתו ז"ל דיכול לדחותו כסברת הרי"ף והר"מ במז"ל ודלא כמהרש"ך בא"כ סימן ק"פ שכית דאפי' הוא בפנינו ולא טען איהו הכן טענינן ליה וכ"ש כשאינו לפנינו אף אמנם אגב אורחין למדנו שיטת מורי הרב ז"ל שאין לחוש לסברת הרמב"ם והגאונים ז"ל אפי' המוחזק שאם הוא היה סובר כן לא היה בא בהרשאה מקושט' לשאלוניקי ולפי זה מהרש"ך ז"ל אינו יחיד בדבר (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות מורי הרב ז"ל חלק ח"מ וראיתי שם בסימן י' תמה מאד על פסק זה שפסקו רבני שאלוניקי דלדעת הרמב"ם ז"ל אין כופין את הנתבע לדון עם המורש' והאריך להוכיח דאפי' לדעת הרמב"ם כופין את הנתבע לדון עמו ומה גם אם נכתב בשטר לו ולבאי כחו ולכל מוציא שטר זה בעדו ועוד שסבר נהגו בכל בתי דינין לכוף את הלוה שידון עם המלוה ע"כ ההגה"ה) ומיהו אין חשש אפי' אסכמת חברים למהרש"ך דכיון דפלוגתא דרבוותא היא יכול הנתבע לומ' קים לי כדברי הרמב"ם והגאוני' דאין כופין את הנתבע לדון עם המורשה

ובדברי קדשו של מהרש"ך ז"ל ח"מ סימן רנ"ח יש לי מקו' עיון שכתב ועוד אני אומר דאפי' אם ת"ל דמ"ש הרמב"ם ז"ל דאין כותבין הרשאה אינו במלוה בשטר כו' ואתמהא והיאך אנו יכולים לומ' כן והרמב"ם כת' ואפי' מלוה בשטר וכ"ל דה"ט לפרושי דמ"ש ואפי' מלוה בשטר איירי דגמר' קאמ' קודם דתקינו הגאוני' דאינו יכול לכתוב הרשאה אבל אחר תקנ' הגאוני' דכותבין הרשאה על הכל אלא שמה שתקנו שאין אומרי' יקוב הדין את ההר לא תקנו אלא במלו' על פה לא במלוה בשטר וזה דוחק גדול ועוד שלא יצריך תי' זה להרב ז"ל בב"י שהספיק שאף הגאונים לא תקנו לכתוב הרשאה אלא במלוה בשטר לא במלוה על פה אם כן כשתקנו שאין אומרים יקוב הדין את ההר היינו על מה שתקנו הרשאה דהיינו במלוה בשטר דבמלוה על פה כיון דמעיקרא אין כותבין הרשאה לא היו צריכין לתקן שאין אומרים יקוב הדין את ההר

והמסתפק אבלי היכא שכתוב בשטר לכל מוצי' שט"א זה בעדו ובשמו ואפילו בלי הרשאה אם יוכל לדחות את המורשה שלא לדון עמו דע"כ לא קאמרי הר"מ במז"ל והגאונים דיכול לדחותו אלא כשאין לו כח לגבות אלא מחמת ההרשאה אבל היכא שכתוב בשטר בעדו ובשמו בסתם או שכתוב ולכל מוציא שטר זה בעדו ובשמו ואפי' בלי הרשאה כטוליטולא ובמקומות הנוהגים כטוליטולה דבתחילת ההלואה נשתעבד לפרוע למי שמוציא שטר זה מריגא חייב לשלם לו ומדברי מהר"י אדרבי ז"ל בסימן שע"ה דקא פסיק ותני דיכול לדחו' את המורש' אא"כ הקנה לו השט' פרינו נראה דאפי' כתוב בשטר ולכל מוציא שטר זה בעדו ובשמו בלי הרשאה יכול לדחותו ובביאור כת' הרשב"ס בח"מ סימן ס"ג על שטר שכתוב בו בעדו ובשמו שיכול הלוה לדחות המורשה כמ"ש הגאונים והרמב"ם ז"ל ולא תימא דהתם שאני מפני שלא היה כתוב בשט' ואפי' בלי הרשאה דלדידן דלא נהגינן כמנהג טוליטולא אין חילוק בין כתוב בו ואפי' בלי הרשאה לאין כתוב בו בלי הרשאה כמ"ש הר"ב ז"ל בב"י ח"מ סי' ס"א והרשד"ם בחלק ח"מ סי' כ"ב (הגה"ה מורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן י' כתב דאם נכתב בשטר ולכל מוציא שטר זה בעדו ובשמו כופין אותו לדון עם הנתבע אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל)

כללא דמילתא אף אחר שנתארשו הכתבים של לוה לינא הכי שלא שירד לנכסי לוה עד עת בא דברו לב"ד המודיעים לו שרוצים להוריד מלוה לנכסיו שאין לו שובר וראיה הי' משום דהכתבים אין מוציאין אותנו מחשש פרעון לסברת ר"ח וסיעתו הי' משום שלא נתקיים השטר בפני הלוה ואפי' להרי"ף וסיעתו ז"ל אין יורדין לנכסיו מפני שלא בא המלוה בעצמו אלא שעשה מורשה והיה יכול המורשה לדחותו ואף אנן טענינן ליה הכי וכמו שהוכחתי זו דעתי לאהבת היושר והאמת וכל דיינא דדאין הכי דינא הוא ונחית לעמקא דדינא אור נגה עליו ולא הלך חשכים הכלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן נ"ח החכם השלם מר קשישא כתב קונטרים על מ"ש וזה מה שהשבתי עליו

כתב החכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף אישקאפ' נר"ו על מ"ש בספר הטורים סימן ק"ו ובעל התרומות כתב שאם כתב בו נאמנות עליו ועל באי כחו ב"ד בכלל כו' ע"כ הגה"ה ואם הטעם מפני שיש לחוש לשובר בין הכי ובין הכי אינו יכול לגבות ממנו דמה לי נאמנות עליו לבד מה לי על באי כחו שאם יש לו שובר בין הכי ובין הכי אינו יכול לגבות ממנו וכיון שהחששא משו' שובר לא היה לו ליפרע בשבועה עכ"ל

ולא ידעתי למה הקשה כן לבע"הת ולא הקשה כן להרמ"ה ז"ל שכתב דאם פירשו בפירוש נפרע שלא בשבו' ואמאי אם החששא משום שובר מה לי נאמנות סתם מה לי נאמנות בפירוש שהרי השובר מהני אפי' לנאמנות מפורש כמבואר בטור ח"מ סימן ע"א גם מ"ש דכיון דהחששא משום שובר לא היה לו ליפרע אלא בשבועה הוא דבר תמוה דאם יש לחוש לשובר אפי' בשבועה אינו נפרע דמטעם זה סוברים ר"ח וסיעתו ז"ל דאפי' בשבועה אינו נפרע ואפי' יש נאמנו' בשטרו ואפי' הרי"ף וסיעתו דחולקים עליו וסוברים שנפרעין שלא בפניו בשבועה הוא מפני שסוברים דלא חיישינן לשובר מפני התקנה כדאמרינן בערכין פרק שום היתומים אבל אי הוה חיישי' לשובר היו מודים לר"ח וסיעתו שאין נפרעין שלא בפניו ואפי' בשבועה

אלא דמעיקרא גברא רבא חזינא תיובתא לא חזינא דהרמ"ה ובעל התרומות בשטת הרי"ף ז"ל קיימי ולדידהו לא חיישינן לשובר ומ"מ שבועה בעי ולאו היינו טעמא משום חששת שובר דא"כ לא הוו נכו אפי' בשבועה אלא הטעם דכיון דאי הוה לוה קמן והוה טעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך הוה משבעינן למלוה אע"ג דנקיט שטרא בידיה ולוה לא נקיט שובר הכי נמי נפרע שלא בפניו ומן הלקוחות ומן היתומים הכן טענינן ליה דכגון זה פתח פיך לאלם הוא וכ"כ רש"י ז"ל בפרק הכותב וכ"כ כל המפרשים ומפני דהנפרע מנכסי יתומים נאמנות סתם לא מהני אא"כ פירש גם לבאי כחו כתב בע"הת בנפרע שלא בפניו נאמנות סתם לא מהני לבד ומיהו נאמנו' מפורש לו ולירשיו מהני ודלא כהרמ"ה ז"ל דצריך שיכתוב בפירוש שפטרו משבועה אף אם נפרע שלא בפניו וכמו שפירש הרב בב"י ז"ל

ויקשה שדעת הרא"ה ז"ל דלא דנפרע מן היתומי' נאמנות המפורש מהני נפרע שלא בפניו לא מהני אלא א"כ פירשו בפירוש דאמרינן דעתי' שלא האמינו אלא בנפרע בפניו שיכול להכחישו ואין אדם מעיז פניו בפני הלוה לומר שלא נפרע וכבר נפרע או אם ימות דאף ע"ג דאינו יכול להכחישו א"א לו לבא להכחישו אבל בנפרע שלא בפניו שיכול להכחישו ואפשר שיודה המלוה ולא יעיז פניו כנגד הלוה לא האמינו והמפרשים שסוברים דאע"ג דבנפרע מנכסי יתומים בעינן נאמנות מפורש בנפרע שלא בפניו נאמנות סתם מהני טעמם דבנפרע מנכסי יתומים איכא טעמא לומר עלין האמינו על יורשין לא האמינו אבל בנפרע שלא בפניו כיון דהאמינו עלין בכל נוגע האמינו בין בנפרע בפניו בין בנפרע שלא בפניו ומ"ש בש"ת בשער ט"ו וז"ל ומסתברא דאי איכא נאמנות בשטרא אע"ג דאיכא למיחש לתברא נוכה בלא שבועה דא"כ ביתומים כמי ליחוש לתברא כו' לאו למימרא שטעם השבועה משום דחיישינן לשובר אלא ה"ק ומסתברא דאי איכא נאמנות בשטרא דהשת' אזלת לה טענת אישתבע לי אע"ג דאיכא למיחש לתברא ואיכא למימר לא יפרע אלא בפניו לא חיישינן לתברא כו' ומן הדומה שלשון זה של בע"הת הטעו להחכם השלם כר"ו להבין כדברי ס"הת דטעם השבועה משום חששא דשובר

וראיתי להרב בעל הטורים ז"ל בסימן הנז' כתב וי"א אפי' אין בו נאמנות והלך למ"ה בתוך הזמן נפרע שלא בשבועה כו' ולא נהירא כיון שעתה עבר זמנו יש לחוש שמא שלא מעותיו ממקום שהוא ע"י שליח והוא טוען שנאבד שטרו וכתב לו שובר עליו ע"ב והן דברי ס"הת בשער ט"ו ויש לדקדק כיון די"א לא עסקי אלא אם צריך שבועה או אינו צריך שבועה ופשטייהו נראה דבשבר' הרי"ף קיימי דנפרעין שלא בפניו בשבועה הלא שמחזקין שאם הוא תוך זמנו לא בעי שבועה מי הכריחם לבע"הת ולבעל הטורים ז"ל לומר דהחששא הוא דשמא יש לו שובר בה אפי' למאן דלא חייש לשובר והוא סברת הרי"ף וסיעתו ז"ל כיון דליכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו שבועה מיהא בעי

וצ"ל שרצו לומר דל"מ לענין חשש שבועה שיש לחוש לטענת פרעון אלא אפי' לחששת שובר למאן דחייש לה והוא ר"ח וסיעתו חיישינן ולדידיה אינו נפרע אלא בשבועה כיון דעבר זמנו וכל זה מן המעלה והוצרכתי לכתבו מפני שראיתי להחכם השלם כר"ו הבין שטעם השבוע' משום חששא דשובר ורחמנא לצילן מהאי דעתא

עוד כתב החכם השלם כר"ו ונראה דאפי' לדעת ר"ח ז"ל אם שלחו להודיעו ולא שלח שובר או ראיה אלא ששלח לומר ואני אלך או אמר שפרע או משום טענה אחרת והוא טוען שיש לו שובר כו' אלא שפרע ע"פ נפרעין שלא בפניו ע"כ ואני אומר בכגון דא לא הוה צריך לאודועי שכן כת' ר"ח ז"ל בפירוש וצריכים אנו להודיעו שמא יש לו ראיה ואפי' יש נאמנות בשטרו יש חשש שמא יש שובר בידו ע"כ הנה דבדין ברור מללו דכל שהודיעו ולא אמר שיש לו שובר או ראיה נפרעין שלא בפניו ואמי' אי טעין שפרע דלא יהא אלא שעומד כאן כל שלא הראה שובר או ראיה אפי' שטען שפרע גבי בשבועה כרם צריכין אנו לברר דדוקא כשמודיעין ב"ד שצריכין לירד לנכסיו הא לאו הכי אין נפרעין מהם כמ"ש בפסקי האחר מילתא בטעמא ולא כמ"ש החכם השלם כר"ו לפנינו דכל שהודיעוהו אפילו שלא ע"י ב"ד נפרעין שלא בפניו לדעת ר"ח ז"ל והוי יודע שמבלאתי מעד לדברי מה"ש ס"הת וספר הטורים על סברתי

י"א דאפי' אם אין בו נאמנות אם הלך בתוך הזמן נפרע שלא בשבועה כו' וז"ל ולא נהיר' כיון שעתה עבר זמנו יש לחוש שמא שלח מעותיו ממקום אחר ע"י שליח והוא טוען שנאבד שטרו וכתב לו שובר ע"כ הנה דס"ל דחוששין שמא שלח לו מעותיו ושלח לו שובר הכא נמי כל שלא הודיעוהו בית דין שרוצין לירד בנכסיו יש לחוש שמא אחר הכ"שלח לו מעותיו ע"י שליח וכתב לו שובר

עוד כתב החכם השלם כר"ו ועוד נראה דעכשיו דנפישי רמאי והם לוקחים ממון חביריהם וילכו למ"ה ויאכל המלוה מעותיו ואיכא נעילת דלת בפני לווין יש לדון כדברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל וכמו שמצינו בהרבה מקומות דעכשיו דנפישי רמאי עושים כמ"ש ולא יהנה הקי"ל כר"ח ז"ל והעומדים בשטתו ע"כ ולא ידענא מאי קאמר דהא טעם רב נחמן מפני הרמאים הוא שכן אמר ורבא אמר רב נחמן אפי' ב"ח שלא יהא כל א' נוטל מעותיו והולך לו למ"ה ואתה נועל דלת בפני לווין וכוונתו מבוארת דמפני הרמאין שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חבירו והולך למ"ה ואע"פי כן עשו תקנ' שנפרעין שלא בפניו ואע"פ כן חולק ר"י נכחא עלין ופסק ר"ח ז"ל כמותו ואם כוונתו לומר דרב נחמן לא אמר אלא מפני חשש רמאין אבל עכשיו דשכיחי רמאי כודאי ראוי לדון כהרי"ף והרא"ש וסיעתם ואפי' לומר קים לי לא יועיל כל גדולי האחרונים שכתבו בנדון זה דיכול המוחזק לומר קים לי חלוקים עליו בזה ונוראי דסברתם היא דלא שכיחי עתה רמאי יותר מזמן התלמוד וא"כ שכיחי כיון דר"ח ז"ל לא חשש לרמאין ורתי רש"ל דאפי' שכיחי רמאי אין נפרעין שלא בפניו ואם הרא"ש ז"ל כתב בפרק הכותב דהשתא דנפישי רמאי נכון להחמיר שלא יועיל הנאמנות ללקוחות אפי' קדם הנאמנות למכירה התם היינו טעמא דבקל יכול האדם לעשות קנוניא ולכתוב הנאמנות מוקדם למכירה בלי שום טורח אבל כאן בכדי לעשות רמאות צריך להסיע עצמו ממקומו בטלטולא דגברא ללכת למ"ה למיחש ליה מיבעי כמו שאמר רב נחמן אבל לומר דבשביל טעם זה יש חילוק בין זמנינו לזמן התלמוד ולכ"ע בזמנינו שלא בפניו לא שמיעא לי ועוד שדברי הרא"ש ז"ל הם לאוקומי ממונא ארוכתי ובעילא כל דהו מוקמינן ממונא ארוכתי אבל שנאמר דנפישי רמאי להוציא ממון מיד המוחזק מי ישמע לדבר הזה כ"ש שיש כאן מקום לומר דכיון דאיכא שבועה לא הוי שכיחי רמאי וכמו שכתבתי בפסקי האחר

עוד כתב החכם השלם כר"ו ועוד נראה דכיון דאין הלוה בפנינו נראה שיש לב"ד לעשות לכתחלה כדברי הרי"ף ז"ל וסיעתו כיון שאינו עומד כאן לטעון קים לי כר"ח וכת' ב"ד עומדין במקומו אין לב"ד לעשות כך לזה לאכר ממונו ולעכבו דשמא לא יבא ונפרע אי לא ידעי היכן הוא כו' ע"כ ואני אומר תולדות אלו מבטן מי יצאו ואמרנות אלו מי ילדן וכבר מצינו לגדולי האחרונים ז"ל שסוברים דב"ד טוענין כן וכמ"ש בפסקי האחר והענין מבואר שבכמה דיותר עדיפות יש לו כשאינו בפנינו לכשהוא בפנינו שהרי כשהוא בפנינו אי לא טעין אשתבע לי דלא כדעתיך לא משבעינן ליה ובנפרע שלא בפניו משבעינן ליה ותמה על עצמך הרי ר"ח וסיעתו ס"ל דטענינן למלוה שיש לו שובר אע"פי דהוה ליפרע מנכסי יתומים לא טענינן להו שמא יש להם שובר וכיון שר"ח סובר דטענינן ליה אין לא נטעון אנחנו כשבילו סברת ר"ח ז"ל ומ"ש שאין לב"ד לעשות כן דשמא לא יבא ונפרע אי לא ידע היכן הוא כו' לא ידעתי מה זה שכתב דשמא לא יבא בלאו הכי אופן קאמר אם שהוא חי ומתמהמה שם ודאי שאין נפרעין שלא בפניו עד שיבא ואם כמרמה מתמהמה שם כדי שלא לפרוע יש תקנה בשלהו ויודיעו לו שרוצין להורי׳

להוריד למלוה בנכסיו ואם מה שאמר שמא לא יבא הוא שימות יותר טוב הוא למלוה דבשבועה גבי ואם יש נאמנות בשטר אין צריך שבועה ובפרט אי לא ידעי היכן הוא יושב כהא ויהי אם יודעים שעתיד לחזור למקומו אין נפרעין שלא בפניו ואם לא נודע מקומו אין וקרוב הדבר שלא ישוב עוד לביתו פשיטא דאפי' ר"ח ז"ל מודה דנפרעין שלא בפניו וכמ"ש הרשב"א ז"ל סי' ט"ז

ובזה תראה שמה שהוקשה להחכם השלם נר"ו על דברי ר"ח ז"ל וכי אם לא יבא לעולם יפסיד ממונו לא קשיא מידי כיון דאפשר בהודעא ואם לא נודע מקומו אין כל שקרוב הדבר שלא יבא נפרעין שלא בפניו ומ"ש החכם השלם נר"ו דמדברי בעה"ת נראה דב"ד טוענין בשבילו לא מכרעא דמדברי בעה"ת ליכא הוכחא שנטעון אנחנו שמא פרע אבל שנטעון אנחנו קים לי כר"ח ושמא יש לו שובר לא שמענו מדבריו ואם ר"ל דכיון דב"ד ובאי כחו טוענין בשבילו שמא פרע הכי נמי טוענין בשבילו שיש לו שובר וכי זו מתורתו של בעה"ת למדנוהו משנה ערוכה היא בפרק הכותב דהנפרעת שלא בפניו לא יפרע אלא בשבועה והטעם משום דטענינן ליה שמא פרע כמ"ש רש"י ואולי לשטתו הולך דהשבועה היא משום חשש שובר וכבר נתבאר ביטול דבר זה למעלה

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל וכיון שכתב הרא"ש ז"ל דכן עמא דבר מנהג מבטל הלכה כ"ש ענין זה שכת' הרשב"א ז"ל שכן היה הוא דן ועושה מעשה ומעשה רב א"כ לית דחש להא דר"ח ז"ל ושנה ושלש בדבר זה בקונטריסו ואני אומר איברא דהמנהג מבטל הלכה ובזה צריך תנאים הרבה שיהא קבוע ועל פי ותיקין כמבוא' זה במרדכי ובהרא"ש ובת"ה ובהר"י קולון ז"ל וביתר ספרי גדולי האחרונים ז"ל אבל לא ידעתי למה תפש החכם השלם נר"ו עיקר דברי הרשב"א והרא"ש שכתבו שכך היו דנין ושכן עמא דבר לתלות סברת הרי"ף ז"ל במנהג ולא תפש דברי ר"ח ז"ל שכתבו התו' בשמו דמעשים בכל יום שאין נפרעין שלא בפניו גם רבינו האיי ז"ל כתב והרבה באים לפנינו ותובעים כך ואנו אומרים לא ראינו בקדמונינו ולא שמענו מי שעשה מעשה ולא מי שתבע מנכסי אדם רחוק ע"כ וכיון דנהוג עלמא הכי ונהוג עלמא הכי מאי חזית דסמכת אהאי מנהגא ולא אהאי מנהגא והרי ה"ה ז"ל על מ"ש הרי"ף ז"ל ביבמות בפרק אלמנה לכ"ג נ"ל והביאו החכם השלם נר"ו וז"ל אע"ג דמדינא דגמ' נכ"ב דפחתו כו' מ"מ כיון דנהוג עלמא כו' כתב ובמקומותינו אינם דנין אלא כפי דין התלמוד ע"כ

ולפי דברי החכם השלם נר"ו אתמהה כיון דנהוג עלמא כמ"ש הרי"ף ז"ל ומנהג מבטל הלכה למה במקומו אינם דנין אלא כדין התלמוד אלא מאי אית לך למימר היכא דנהוג נהוג היכא דלא נהוג לא נהוג הכא במקום הרשב"א ז"ל והרא"ש ז"ל נהוג הכי ובמקום רבי' האיי ורבינו חננאל ז"ל לא נהוג הכי א"כ אנן דלית לן מנהג ברור מאי חזית דאזלת בתר מנהג הרשב"א והרא"ש ז"ל ולא אזלת אחר מנהג רבינו האיי ורבינו חננאל ז"ל ואם בהגו להסמיך עצמנו אל המנהג יותר נאות לנו לסמוך על המנהג שנהגו שאות' המוחז' בד"מ קים לי שהוא מנהג קבוע על פי ותיקין כמו שהוא מבואר בדברי האחרונים ז"ל וכמו שהוא מנהג פשוט מלסמוך על דברי הרשב"א והרא"ש ז"ל ומ"ש הואיל והרשב"א היה דן בן ועושה מעשה ומעשה רב אין דעתי סובלתו כמה כחו גדול של הרשב"א ז"ל לתפום כסברת הרי"ף ז"ל הואיל ועשה מעשה יותר מר"י ור"ח ורבינו האיי ז"ל שעשו מעש' כסברתם אטו ר"י נפחא והנהו רבוותא קטלי קני באגמא איכון שאין לחוש לסברתם ואל המעשה רב שעשו נגד המעשה שעשה הרשב"א ז"ל

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל מה שהביא מדברי בעה"ת תשובה דרבינו האיי ז"ל דהילכא דרבא ורב נחמן מתקיים בעמד בדין וברח כאלו דבר תמוה הוא איקיימא' על הידעת דכיון דראו ב"ד שלא פרע ודאי אמאי אין נפרעין ממנו ועוד שלשון הגמ' לא משמע הכי כו' ע"כ לא יכולתי לעמוד על דבריו נר"ו מפני שדבריו באו שלא כסדר וכדברי הספר החתום אבל מה שנ"ל הוא דרבינו האיי גאון ז"ל פוסק כר"י נפחא וקאמר דמילתיה דרב נחמן ורבא מתקיים כשעמד בדין כלומר כשעמד בדין וברח אנו עושין כדברי רבא ורב נחמן ואפשר נ"כ לומר דרבינו האיי גאון ז"ל פוסק כרבא ורב נחמן מחמת הטענות שכתב הרי"ף ז"ל בפ' הכותב אלא דמוקי פלוגתייהו בעמד בדין וברח דס"ל דבלא עמד בדין וברח אין סברא שיאמר רב נחמן דנפרעין שלא בפניו וכן כתבתי בפסקי האחר לדעת בעל העיטור ז"ל ולא יקשה בעיניך אם פלוגתייהו בעמד בדין וברח מ"ט דר"י נפחא דיש לומר דר' יצחק נפחא סובר דלעולם אין נפרעין שלא בפניו אפי' עמד בדין וברח דשמא שלא הוכו ע"י שליח ואפשר שהן הם דברי החכם השלם נר"ו אלא שלשונו בא בערבוב

עוד כתב החכם השלם נר"ו ואני תמיה על המראה דאיך כתב הרשד"ס דבעה"ת ס"ל כר"ח ורבינו האיי ובפירוש כתב בעל הטורים נהפך בשם בעה"ת ז"ל ע"כ וכבר כתבתי בפסק האחר שטעו'הוא שנפלטתו שכין המהירות וכ"ל ובעל העיטור ז"ל שב"כ בפירוש באות שין כח"א

עוד כתב החכם השלם נר"ו וגם מ"ש שהרמב"ן ז"ל סובר כר"ח אומר דגם זה אינו כו' שכתב הרמב"ם בפ"ד דשכנים אמר בעל העליה לבע"ה לבנות כדי שיבנה עלייתו כו' וכתב ה"ה ז"ל והקש' הרשב"א ז"ל למה לא יכוף בעל העליה לבעל הבית כו' וכ"ל דאע"פי דהבית משתעבד לזה כיון שהוא יכול לבנות הבית ולדור בתוכו ואין לו שום נזק והפסד אמאי יש לנו לכופו אין זה מן הדין כו' ע"כ

ואני אומר הן הם דברי הרשב"א ז"ל שכתב ה"ה ז"ל בשמו וכבר כתב מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' ק"פ דאי אפשר לפרש כן בדברי הרמב"ם ז"ל מפני שכתב בראש הפרק שבעל העליה כופה לבע"ה לבנותו כו' והדין עמו דאם הרמב"ם ז"ל סובר כהרשב"א ז"ל דלא נשתעבדו לו נכסי בע"ה אלא הבית למה כתב בתחלת הפרק דאם נפל כותל מהבית כופהו לבנות יבנהו בעל העליה ויכנס בבית לדור בו עד שיפרע ומ"ש החכם השלם נר"ו דיש חילוק בין נפל כותל הכותלי הבית לשנפלו שניהם הוא מדברי הכ"מ ולא נהירא לי דכיון דנכסי בע"ה לא נשתעבדו לו אלא הבית כי היכי דשנפלו שניהם אינו כופהו ה"ה נמי דנפל כותל אחר אינו דין שיכפה אותו כיון דיכול לבנותו הוא וליכנס בחוך הבית עד שיפרע לו יציאותיו ואדרבא יותר היה ראוי לומ' דנפל כותל מכותלי הבית יבנהו בעל העליה שיש טורח מועט בבניינו מלומר דנפלו שניהם יבנה בעל העליה לבית שיש טורח הרבה בבניינו (הגה"ה ובספר כנסת הגדולה כתבתי עוד בזה יע"ש ע"כ ההגה"ה)

עוד כתב החכם השלם נר"ו ועל מ"ש דמוקי לה בירוש' כשהלך בע"הב כו' ואין יורדין לנכסיו וכת' הרמב"ן ז"ל כן וזה נראה דעת המחבר ז"ל תמיהה מילתא טובא דהרמב"ם בפי"ג ממלוה סובר שמורידין לנכסי הלוה שלא בפניו אע"פי שנוכל לומר לזה דמ"ש הרמב"ם ז"ל היינו דוקא שיש לב"ח שטר שאין יכול לומר פרעתי בשום ענין אבל הכא אע"פי שהלך לו איכא למימר דאפשר דפרע לו כל מה שהיה צריך להוצאה וגם יהיה נאמן לומר שלחתי ממקום שהייתי שם וכן להרמב"ן ז"ל אבל איני צריך לזה כו' ע"כ

ואני תמיה אם בנדון הבית והעליה איירי שיכול לומר

פרעתי. אנו שאלתי התשות ממקום שהייתי למה בעל העליה בונה הבית ודר בתוכו ולא טענינן בשביל בעל הבית שמא פרע. כיון שאינו בפנינו ואם נפשך לומר דמן הספק לא יכפיד בעל העליה ואם יבא ויטעון שפרע יצא לו בלא כלום לא היה לו להרמב"ם ז"ל לכתוב הרי בעל העליה בונה את הבית כשהיה ויושב ודר בתוכו עד אשר יתן לו כל יציאותיו דמשמע דאין שום צד לצאת מהבית אלא בפרעון יציאותיו אלא הך הי"ל לומר. עד שיתן לו כל יציאותיו או אם יטעון פרעתי ולכן נראה דהכא מיירי בשאינו יכול לטעון פרעתי. כגון שהביא בעל העליה עדים שתבעו ולא נתן לו כדתנן בפ"ק דבתרא עד ד"א בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן ופרש"י ז"ל עד. שיביא התובע עדים שתבעו ולא נתן לו ולפי דברי הרא"ש ז"ל גם דס"ל דאע"פי שתבעו בפני עדים ולא. נתן יכול לומר שנתן אח"כ הכא מיירי כגון שעמד בע"ה בדין וחייבוהו לבנות ביתו ולא רצה ושדר על ליווי כ"ד דשוב אינו נאמן לומר פרעתי כדין גולן וכן מורי לשון הרמב"ם ז"ל וכן נראה ברור מדברי הרשב"א ז"ל שכתב כ"י. ונ"ל אבל הרשב"א ז"ל כתב דהירושלמי ס"ל כרבי אחא שר הבירה. ואית ליה אין נפרעין מן האדם שלא בפניו ואפי' מן התקנה כמוכח בהכותב אבל אנן דס"ל כרב נחמן דאמר נפרעין ומן התקנה כדי שלא יהא כל אחד נוטל ממון חבירו והולך למ"ה אם איתא דבישנו כופין. כשאינו נמי כופין אלא דסבר כגמ' דידן ע"כ ואם איתא דבגבון הבית והעליה יכול לומר פרעתי מי הכריחו לומר דהירושלמי ס"ל כדעת ר' אחא שר הבירה ולכן ס"ל כרב נחמן. ולא אמר דאף הירושלמי ס"ל כרב נחמן ושאני הכא דאין יורדין לנכסיו מפני שיכול לומר פרעתי וכ"ת דמשום דקושטא דמילתא הכי הוא כתב דירוש' ס"ל כרבי אחא שר הבירה מ"מ קשה מ"ש אם איתא דבישנו כופין אף בשאינו נמי כופין והלא בשאינו טענינן ליה פרעתי אלא ודאי מוכרח לומר דס"ל להרשב"א ז"ל דהכא מיירי בשאינו יכול לטעון פרעתי וכהנהו גווני שכתבתי דאי יכול לטעון פרעתי למה נשתעבד לו הבית לדור בתוכו וכיון דמיירי בגונא שאינו יכול לומר פרעתי הוצרך לומר שהכרח דהירושלמי ס"ל כרבי אחא שר הבירה ואנן ס"ל כרב נחמן •

עוד. כתב החכם השלם נר"ו ועוד דה"ה איך כתב ה"ה ז"ל דהמחבר סובר כן וכי סותרים דברי הרמב"ם ז"ל דידיה אהדדיה כו' גם ראיתי בהגהו' דרכי' האיי בשערים פסק כדברי הרי"ף ז"ל ע"כ וכבר בקונט' האחר השבתי בטענות אלו מה שיש בו די והותר גם מ"ש החכם השלם נר"ו בשמע בימי בחורותיו בשם הרשד"ס ז"ל שהיה שוקל כל המחברים כנגד הרשב"א ז"ל כו' ע"כ לא תהא שמיע' גדולה מראיה שכן כתוב בתשו' הרשד"ס ז"ל בהרבה מקומות משם הרב מהרי"ט ז"ל ועוד כתו'שם בשם הרב הנז' שהיה מחשיב תשובה אחת של ת"ה כתשו' הרשב"א ז"ל אבל מה שעשה שהרשד"ס גופיה שכת'כן בנידון זה כתב דיכול המוחזק לומר קים לי כר"ח ז"ל אע"פ שהרשב"א ז"ל סובר כדעת הרי"ף ז"ל כמ"ש בפסקי הראשון

כתב עוד החכם השלם נר"ו ואי לאו דמשתפינא ה"א דשום א' מהתלמידים מגאונים אלו כתבו תשובות אלו וחשבום לשמם והעולם תפשו סברתם והלכו אחריהם מי שהלך ע"כ ואני אומר ישתקע הדבר ולא יאמר דבר שהרי"ף והרא"ש והתוס' ובעל העיטור ובעל התרומות ושאר גדולי הפוסקים בתשובותיהם מביאים אותם בשם הגאונים הנז' ז"ל נאמר שאיזה תלמיד כתבם בשמם ולא נתגל' לרבני' הנז' אלו דברים שאין להם שיעור ואין דעתי ודעת כל חכם לב סובלתן ועוד אם הסברא ישנה בטולם יהיה מי שיהיה או יהיו הגאונים בעצמם או יהיו תלמידים. א"ת אם היינו יודעים שהיו תלמידיה' לא היינו מחשיבים סברתם אין ואת

דמיהביאום הרי"ף וכל הגדולים שהזכרתי למעלה בספריהם אע"פ שהרי"ף והרא"ש ז"ל השיבו עליהם ואי שמכני גדולת' היה מקום לומר שהיא סברא מחוורת ובאו לגלות שאין דעתם כן וכ"ש לתוס' ובעל העיטור דהביאו סברת' לפסק הלכה ועוד אם סברת הגאונים הללו לא היתה כחלאת בתלמוד והיתה סברא זרה כפי דעת החכם השלם נר"ו היה מקום לומר שסברא זאת לאו דילהון היו אלא סברת תלמידיהם וכתבוהו בשמם אבל. כיון שסברתם היא סברת רבי יצחק נפחא והירושלמי והגאונים הללו לא חדשו אלא שהלכ'כמותם מה סברא ומה מקום לומר שסברא זו אינה שלהם אם לא אם מצינו במקום אחר שפסקו כרב נחמן או היה מקום לומר כיון שנמצא'בשמם כהפך זה שנמצא בשמם שפסקו כרבי יצחק נפחא לאו.מר רבינו האיי גאון ומר ר' חננאל חתימי עלה אבל כיון שלא נמצא להם בשום מקום הפך זה מה מצא עול בסברתם לומר שאינה שלהם כיון שהיא סברת רבי יצחק נפחא והירושלמי ואם היא סברא זרה בעיניו י ילך ויאמר לאומנים שעשאוה הירושלמי ורבי יצחק נפחא ור"ח ורי"האיי ז"ל מה כי ילין עליהם

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ואומר דאיך פסק ר"ח כר"י נפחא כיון דרב נחמן דהלכתא כוותיה בדיני בכוליה תלמודא אפי' דלא פליג עליה רב ששת ואלו היינו יכולים לומר שרב ורב נחמן היו בזמנו של ר"י נפחא כו' וגם מן הטעם שכתבו. משום דבירושלמי אומר כדברין • ואני תמיה על הטעם הזה ע"כ ומן הדומה שהחכם השלם נר"ו כשכתב קונט' זה לא היו ספרי'לפניו זולת ס' ב"י וכ"כ הוא נר"ו לפנינו שאין בידו מספרי גדולי האחרונים ז"ל וגם כתב שלא נמצא בידו מסכת כתובות ולא ספר כ"מ ואלו היו לפניו הספרים הראוים להמצא לכל מורה הוראה ובפרט כשכותב על הספר בדין היה רואה שקושיות אלו הקשום הרי"ף והרא"ש ז"ל על ר"ח בפרק הכותב ויש לתמוה על החכם השלם נר"ו דמת"ש לפנינו שראה בהלכות הרי"ף ז"ל שהיה איתתא דאתחייבא שבועה בי דינא דרב ביני נראה שיש לו הרי"ף ממסכת כתובות ואיך לא ראה שקו' אלו הם מדברי הרי"ף ז"ל ולדעתי לא נענש מעיני ר"ח כל זה וטעמו כמו שאבאר לפנינו בס"ד

ופרס באבאר דעתו אומר שראיתי להחכם השלם נר"ו כתב כיון דרב נחמן דהלכתא כותיה בדיני בכולי תלמודא אפי' דלא פליג עליה רב ששת ע"כ ואין כלל זה מוסכם דאיברא דתוס' בפרק האומנין דף פ"ב ד"ה לא זכ"ש לית להו דשמואל כתבו וכרב נחמן קי"ל בדיני לגבי כ"ע אבל הרא"ש ז"ל בפרק הזהב כתב דלא נאמר כלל זה אלא לגבי רב ששת אבל לא לגבי כ"ע ואכשר שדעת ר"ח ז"ל כהרא"ש ז"ל ומ"ה לא חשש לסברת רב נחמן דהלכת'כוותיה בדיני דאין כלל זה אמור אלא לגבי רב ששת לא לגבי כ"ע ומן התימא קצת על הרא"ש ז"ל דמאחר דהוא סובר דאין כלל זה אמור אלא לגבי רב ששת איך הקשה לר"ח דהא קי"ל הלכה כרב נחמן בדיני ויש להלין ולומר דאי היה כותב כן הרא"ש ז"ל וודאי שהיה קשה מה שהקשינו אבל מאחר שהוא כתב שרב אלפס הקשה לו.כן סדר ה בדלות הוא מונה ולא חש לחלוק עליו מאחר דמחמת שאר הקו' הלכה כרבי נחמן אך מאי דקשה על הרא"ש דבפרק האומנין כת'כדברי התוס' ואולי יש כאן חורה ודבריו שבפרק הכותב הם כפי החזרה שחזר בו בפ'האומנין

איברא דבפרק הגוזל קמא לכאורה מוכח כדברי התוס' ז"ל דגרסינן התם א"ל רב נחמן לרבא לא אמינא לך כי יתיבנא לך בדינא לא תימא לי מידי דאמר רב הונא חברין עלי אני ושבור מלכא אחי בדינא הרי משמע דמשום דאמר

ואמר רב הונא שהיה אח לשמואל בדינא ראוי להיות הלכה כמותו לגבי כ"ע ולא היא דהתם ה"ק כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי דאמר רב הונא חברין עלי אנא ושבור מלכא אחי בדינא כלומר שהיה רגיל בדינין ומדקדק בהם ומטעם זה אמרו הלכה כרב באיסורי וכשמואל בדיני לפי ששמואל היה רגיל לפסוק דינין ולכך היה מדקדק בהם ויורד לעמקן ומשכיל על כל דבר אמת וכן רב באיסורי כמ"ש הרא"ש ז"ל בפרק שור שנגח ד' וה' וכיון שהיה רב נחמן אחי בדינא עם שבור מלכא אמר לרבא שלא יקשה כשישב בדין שודאי יודע מה שאומר ולזה חייב להוא גבר' להחזיר השבח משום דגזלנא עתיקא הוא כמלא שם לא היה רוצה שיהיה הלכה כמותו משום דהלכתא כותיה אלא משום שהיה בקי בדינין הורה שיחזיר את השבח משום דגזלנא עתיקא הוא ורבא קבל דבריו אבל א"כ שאם רבא היה חולק עליו אפי' בתר דאמר האי גזלנא עתיקא הוא לא יחוייב דהלכתא כרב נחמן מפני הכלל דהלכתא כותיה בדיני

ומיהו קשה מדאמרינן בפ"ק דכתובות משתברא כדקא משנינן מעיקרא דא"כ קשיא הלכתא אהלכתא דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני ע"כ והתם לא חלק עם רב ששת אלא עם רב הונא ורב יהודה משמע דאפי' לגבי כ"ע הלכת' כרב נחמן בדיני ואומר אני דנוסחא זו אינה מעיקר נוסח' הגמר' והנסחא האמיתית היא דקי"ל כרב נחמן ור"י ומגיהי ספרי' שהיו סוברי' כסבר' התוס' דקי"ל דהל' כרב נחמן בדיני לגבי כ"ע הגיהו דהלכה כרב נחמן בדיני וכמו שהגיהו בגמרא כך הגיהו בהלכות הרי"ף ז"ל ותדע שכן הוא שהרי הרי"ף והרא"ש ז"ל הביאו מימרא זאת בפרק הגוזל וכתבו והלכתא כרב נחמן ור"י ולא הזכירו כרב נחמן בדיני גם התוס' ז"ל שכתבו שם והלכתא כרב נחמן בדיני לא אמרו כדאמרינן בכתובו' שלא מפני שהם הולכים לסברת' דכלל זה הוא אפי' לגבי כ"ע פירשו שטעם פסק ההלכה משו' דקי"ל הלכ' כרב נחמן בדיני והכי נמי מוכח מדברי התוס' שבפ' האומנין שכשאמרו וכרב נחמן בדיני קי"ל לגבי כ"ע לא נסתייעו מדברי התלמוד שבכתובות ועוד דמדברי הרא"ש ז"ל בפ' הזהב נראה דהנהו כללי דקי"ל כרב נחמן בדיני וכרב ששת באיסורי אינו מן התלמוד אלא מדברי הגאונים ז"ל ואם נפסק לקיים גירסת ספרינו שבפ"ק דכתובות אמר מעתה שמ"ש הרא"ש בפרק הזהב דלא אמרו הלכתא כרב נחמן בדיני אלא לגבי רב ששת בא לשלול שלא נאמר שכלל זה הוא אפי' אם חולק עם החכמים שקדמוהו כגון ר"י וכיוצא בו אבל היכא דפליג עם חבריו כגון רב הונא ורב יהודה לא שאני לן בין רב ששת לאיש אחר ודוחק והראשון נראה עיקר ועיין בהרא"ש בפ"ק דמכות גבי ור"י אליבא דר"ע בנמצא א'מהם קרוב או פסול שפסק הרא"ש דהלכה כרב נחמן בדיני אע"ג דפליג עם שמואל וכ"ע ועיין בכתובות פרק מציאת האשה בסופו גבי המשיא מעות לבתו שכתבו הרי"ף והרא"ש ז"ל והלכה כרב נחמן בדיני אע"ג דבעל מחלוקתו הוא רב יהודה בשם שמואל וכן מוכיח מדברי רש"י ז"ל בפרק גיד הנשה כדברי התוס' גבי פלוגתא דרב ולוי רב אמר בשר שנתעלם מן העין אסור ולוי שרי ופסק רש"י ז"ל דלית הלכתא כרב וכתב וכי קי"ל הלכתא כרב באיסורי גבי פלוגתא דשמואל הוא דאמרינן הכי אבל גבי מתני' לא ע"כ משמע דדוקא גבי מתני' לא אמרי' הלכתא כרב הא גבי אחרים אמרינן הלכתא כרב באיסורי ומ"ש גבי פלוגתא דשמואל הוא דאמר הכי לאו דוקא שמואל אלא ה"ה אחר אבל לא לגבי מתני' גם מדברי רש"י ז"ל בפ' הגוזל עצים יש להוכיח שסובר כדברי התוס' שכתב בדף צ"ט ע"א על הא דקאמר בגמ' לימא שמואל לית ליה דרב אשי כו' ומהשתא לא עבדינן כרב אשי דקי"ל הלכה כשמואל בדיני ע"כ

הנה בבירור דס"ל דאע"ג דשמואל פליג עם רב [illegible] הלכתא כותיה בדיני ולמאי דכתיבנא דלא כתב הרא"ש ז"ל דכלל זה לא נאמר לגבי כ"ע אלא לגבי בעל מחלוקתו דבא לשלול דלא נימא דכלל זה הוא אפילו אם חולק עם הקדמונים אין ראיה מדברי רש"י ז"ל לא מפרק גיד הנשה ולא מפרק הגוזל עצים (הגה"ה ועיין מ"ש בס' כנה"ג חלק א"ח בספר הכללים בכלל זה במ"ש בס"ף הספר ע"כ ההגהה) נמצא לפי זה דהרי"ף ז"ל דהקשה לר"ח ז"ל בנדון זה דנפרע שלא בפניו מהכלל המסור דהלכה כשמואל בדיני ס"ל דהלכה כשמואל בדיני וכן כרב נחמן בדיני אפי' לגבי כ"ע וכן מצאתי לו גבי האיש שנולדו בו מומין בפרק המדיר דפליגי רשב"ג וחכמים ור"י פסק כרשב"ג ורב נחמן פסק כחכמים ופסקו הרי"ף והרא"ש ז"ל דהלכה כרב נחמן משום דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני

ויש לתמוה על הרא"ש ז"ל שנמשך אחר דברי הרי"ף ז"ל ולדידיה אין כלל זה אמור אלא לגבי בעלי מחלוקתם רב ורב ששת ולמאי דכתבתי דלא בא לשלול הרא"ש ז"ל אלא היכא דנחלק עם הגדולים שקדמוהו ניחא אבל לפי התירוץ הראשון קשה ואפש' לומר דאע"ג דהרא"ש ז"ל נקיט בלישניה וקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני אשגרת לישן הוא שנמשך אחר דברי הרי"ף ז"ל אבל לא סמך אכלל זה לחוד אלא סמך ג"כ אכלל אחר דקי"ל יחיד ורבים הלכה כרבים דמסייע לכלל דהלכה כרב נחמן בדיני ואע"ג דלאידך גיסא איכא נמי כלל אחר כל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו הלכה כמותו חוץ מערב וצידן וראיה אחרונ' הכא איכא תרתי כללי והתם חד אי נמי כיון דהך כללא דרשב"ג אמוראי נינהו ואליבא דר"י עפי אית לן למימר אכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים ומה גם בהצטרף עמו כלל דהלכה כרב נחמן בדיני אע"ג דלא נאמר כלל זה אלא לגבי רב ששת

אי נמי יש לתרץ לדעת ר"ח ז"ל דכי אמרינן הלכת' כרב נחמן בדיני היינו היכא דלית לן כלל אחר מנגד לזה אבל היכא דאית לן כלל אחר מנגד לזה כי הכא דכלל דמעשה רב סותר לכלל דהלכתא כרב נחמן בדיני לא אהני לן לפסוק הלכה כרב נחמן דמה ראית ונאמר הדבר תלוי ועומד וכיון שראינו שהירושלמי פוסק כהירושל' הכי נקיטינן ויש לי ראיה לזה ממה שנחלקו רב ושמואל בפרק החולץ מאימתי מונין לגט משעת כתיבה או משעת נתינה ופסקו בירושלמי כשמואל ולכאורה קשה למאי אצטריך לירושלמי לפסוק בפירוש הלכה כשמואל ומכח הכלל שיש לנו רב ור"י הלכה כר"י היינו פוסקים הלכתא כותיה דשמואל כיון דר"י קאי כותיה דשמואל וכמו שהקשה הרלנ"ח בתשובה סי' י"א ולפי האמור ניחא שהוצרך הירושלמי לפסוק כשמואל מפני שמכח הכלל דרב ור"י הל' כר"י לא היינו פוסקים כן דהיינו אומרי' דהנהו כללי דרב ור"י הל' כר"י ורב ושמואל הלכה כרב באיסורי וכשמואל בדיני היינו כשאין שם כלל אחר מנגד לכלל ההוא אבל כשיש שם כלל אחר מנגד לכלל ההוא אין הכרח לפסוק ככלל ההוא דמאי חזית לתפוס הכלל ההוא ולא לתפוס בכלל המנגד ובמחלוקת דמאימתי מונין לגט אע"ג דרב ור"י הלכה כר"י וראוי לפסוק כר"י דמשעת כתיבה יש כלל אחר סותר לזה דהא בהא תליא איפליגו נמי רב ושמואל וראוי לפסוק כרב דמשעת נתינה דהלכתא כרב באיסורי ומאי חזית דסמכת אכלל דרב ור' יוחנן ולא סמכת אכלל דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי לכך הוצרך הירושלמי ז"ל לפסוק בפירוש כשמואל וזהו טעם הרי"ף ז"ל בפרק השוחט גבי פלוגת' דרב ושמואל בין שהיית בהמה לעוף שכתב כלשון הזה והלכתא כותיה דשמואל ור"י דה"ל תרי ואין דבריו של אחד במקו' שנים ע"כ ולכאורה קשה מאי הוצרך לזה אפי' שלא יהיה אלא ר"י לבדו הלכתא כותיה דר"י דרב ור"י הלכה כר"י וכן ק' להרא"ש ז"ל

ז"ל בפ"ג דבכורות בשם הרב ר' יונה ז"ל דלעבין כתינתו לכהן ה"ל ר"י ושמואל תרי ורב הוי יחיד ע"כ ותיפוק לי דרב ור"י הלכה כר"י אלא ע"כ דס"ל להרי"ף ז"ל ולהרא"ש ואי משום דרב ור"י הלכה כר"י לא הכרעא לפסוק כר"י כיון דאיפליגו בהא נמי רב ושמואל והלכתא כרב באיסורי ומאי הוית דסמכת אהאך כללא ולא אאי כללא

וכ"ת אם דעת הרי"ף ז"ל דכל שהכללים מנגדים זה לזה אין ראוי לפסוק כפי הכללים למה כאן בנ"ר פסק כרב נחמן מטעם דהלכתא כותיה בדיני כיון דיש כלל אחר דמעשה רב מותר לזה איכא למימר דס"ל להרי"ף ז"ל דכלל זה דמעשה רב אינו כלל גמור ככלל דהלכתא כרב בדיני ובכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים כדי שיהיה שותר לכלל דהלכה כרב נחמן בדיני ומכלל האמור נתבאר דכלל גמור סותר לכלל דהלכ' כרב נחמן בדיני לכ"ע ואפי' לדעת הרי"ף ותמיה לי שראיתי להרי"ף ז"ל בפרק השוחט גבי מחלוק' דרב ושמואל בשוחט בשנים וג' מקומות כתב דהלכתא כרב באיסורי וכן כתב הרא"ש ולמה פסקו כרב כיון דרשב"ל ור' ינאי ורבי זירא קיימי כותיה דשמואל וה"ל שמואל עם הנהו אמוראי רבים ורב יחיד ויחיד ורבים הלכה כרבים' ודאי מהאי טעמא פסקו בהגהות אשירי שם שיש פוסקים דליתא לדרב דאע"ג דהלכתא כרב באיסורי ה"מ היכא דליכ' אמוראי דקיימי כסבר' שמואל אבל היכא דקיימי אמוראי כותיה דשמואל הלכתא כוותייהו משום דיחיד ורבים הלכה כרבים וכ"כ רש"ל בספר ים של שלמה פרק השוחט סי' ז' וליכא למימר דסברי הרא"ש והרי"ף ז"ל דכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים לא הוי כלל גמור לסתור הלכה כרב באיסורי כי היכי דכלל דמעשה רב אינו סותר לכלל דהלכה כרב נחמן בדיני דלא מסתבר למימר הכי דלמה יגרע כלל דיחיד ורבים הלכה כרבים מכללא דהלכה כרב באיסורי ואדרבא יראה כשוט דיותר יש לסמוך אכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים מלסמוך אכללא דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי שהרי קי"ל הלכה כר"ע מחבירו ואע"פי כן אמרינן מחבירו ולא מחבירין מטעם דיחיד ורבי' הלכה כרבים וכן מוכח מדברי הרי"ף ז"ל בפרק השוחט גבי כלונתא דרב ושמואל שהזכרתי לעיל וממ"ש בפרק אלו טרפות גבי שמוטת גף בבהמה דרב אמר טריפה ושמואל אמר תבדוק הדיאה איברא דאסבר לאחות דהתם לא מפני הכלל דיחיד ורבים פסק כשמואל אלא מפני שיש שם כלל אחר רב ור"י הלכה כר"י אבל הרי"ף ז"ל בפרק השוחט תלה פסק ההלכה משום דה"ל תרי לגבי חד

ותמיהא לי מה שראיתי להרנ"ה ז"ל בס' המאור והרא"ש והר"ן ז"ל בפ"ק די"ט גבי אפרוח שנולד בי"ט דרב אוסר ושמואל ואי תימא רבי יוחנן מתיר כתבו ז"ל דהרי"ף ז"ל לא פסק הלכה כמאן משום דאיסתפקא ליה מדקי"ל רב ושמואל הלכה כרב באיסורי וקי"ל רב ור"י הלכה כר"י ע"כ ותימא הוא דהא בכל הנהו שכתבתי לעיל פסק בפירוש כשמואל ור"י לגבי רב ותו דלא נסתפק שם הרי"ף ז"ל לפי דבריהם אלא משום דלא ברירא לן אי ר"י קאי כשמואל דהא ללישנא קמא לא נקי שמואל כר"י אבל היכא דברירא לן דקאי שמואל כר"י או רב כר"י הלכתא כר' יוחנן אע"ג דהלכתא כרב באיסורי וכשמואל בדיני ונראה דהיא היא מאי דקאמרי הרז"ה והר"ן ז"ל והרא"ש דמשום דמספקא לן אי כלישנא קמא דלא פליגי אלא רב ושמואל ולא הוזכר שם ר"י ולהך לישנא ודאי דהלכתא כרב באיסורי או כלישנא בתרא דואי תימא ר"י דלא פליגי אלא רב ור"י ולהך לישנא ודאי כר"י קי"ל דרב ור"י הלכה כר"י ומשום דלא ברירא לן הי לישנא עיקר לא פסק הלכה אבל אם היינו יודעין דר"י פליג עם רב ודאי דהוה פסקינן כר"י וכן אם היינו יודעים דלא הוזכר שם ר"י היינו פוסקים כרב

ותו תמיהא לי שראיתי להרי"ף בפרק אלו טריפות גבי גלודה כתב וכיון דשמואל ור"י ורבה בר בר חנה כולהו ס"ל דלאו כל העור הכ"ל כגלודה אלא ע"ר מיוחד אע"ג דרב ור"י קיימי בחדא שטה ה"ל תרי לגבי תלת וה"ל כיחיד אצל רבים ואי אמרת ליעביד כרבי יוחנן ורב דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי ושמואל ור"י נמי הלכה כר"י ורבה בר בר חנה נמי ור"י הלכה כר"י דרביה הוא הא קי"ל דרבי ינאי ור"י הלכה כרבי ינאי דרביה הוא הילכך ה"ל הא מילתא ספיקא ונקי' לחומרא ע"כ נראה מבואר מכאן דאע"ג דרב ור"י הוו יחיד אצל רבים שמואל ורבי יוחנן ורבה בר בר חנה אי לאו משום דרבי ינאי רביה דר"י הוה פסקינן כר"י מחמת הכלל דרב ור"י ושמואל ור"י הלכה כר"י וזה הפך מ"ש דכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים עדיף מכלל דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי ואין סברא לחלק בין כלל לכלל והפך מ"ש דכשיש כלל א' מנגד לכלל דהלכה כרב נחמן בדיני לא אזלינן בתריה לפסוק הלכה כרב נחמן וכ"ל דמ"ש הרי"ף ז"ל גבי גלודה אין ראיה לסתור מ"ש דשאני גבי גלודה דלא הוו יחיד אצל רבי' ממש אלא תרי לגבי תלת דה"ל כיחיד אצל רבים ולא יחיד אצל רבים ממש כדמוכח לשון הרי"ף שכתב וה"ל כיחיד אצל רבים וכיון דאינו ככלל דיחיד אצל רבים לגמרי כל שיש כלל אחר. גמור סותר לכלל דתרי לגבי תלת מידי דהוי אכלל דמעש' רב דאינו כלל גמור לסתור כלל דהלכ' כרב נחמן בדיני ולכן היינו פוסקים כרב ור"י לגבי שמואל ור"י ורבה בר בר חנה מטעם הכלל דרב ושמואל הלכה כרב וכן הלכה כר"י לגבי שמואל אע"ג דהוו תרי לגבי תלת אי לאו מטעם דרבי ינאי רביה דר"י הוה אבל כשהוא רבים אצל יחיד ממש ולא תרי לגבי רבים בהא ודאי דאזינן לכלל דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי וכן לכל הכללים הדומים לזה מפני הכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים או כלל אחר גמור כזה (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק א"ח בספר הכללים ככללי התלמוד סי' ס"ז כתבתי כן משיקול דעתי דלא אמרינן דהיכא דהוו תרי לגבי תלתא פסקינן כתלתא מטעם דהלכה כרבים אלא דוקא כשאין כלל אחר מנגד לזה אבל כשיש כלל אחר מנגד לזה אין כח בכלל דיחיד ורבים הלכה ברבים לסתור כלל אחר אלא דוקא ביחיד ורבים ממש אבל כשאינו יחיד ממש אלא תרי לגבי תלת או תלתא לגבי ארבעה וכן יעל זה הדרך אין כח בכלל דיחיד ורבים לסתור הכלל האחר ע"כ וכתבתיהו משקול דעתי בלתי ראי' ועכשיו ראיתי אחקו שהבי' בס' כנימין זאב ראיה דתרי לגבי תלת ה"ל כיחיד אצל רבים והוא מדברי הרי"ף ז"ל גבי גלודה משם ראיה לחילוק הזה שכתבתי שיפו בכי מעי ע"כ ההגה"ה) ואין צורך למ"ש אלא למ"ש דיותר יש לסמוך אכללא דיחיד ורבים הלכה כרבי' מכלל דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי ולמאי שכתבתי דלא מבניחינן כלל דהלכה כרב נחמן בדיני היכא שיש כלל אחר מנגד אין צורך לזה שלא כתבתי שיש לסמוך על כלל זה יותר מכלל האחר אלא כתבתי מאי חזית דסמכ' אהאי כללא סמוך אהאי כלל' ונשאר הדבר תלוי ועומד והן הם דברי הרי"ף ז"ל גבי גלודה שסיים הילכך ה"ל מילתא ספקא ונקטינן לחומרא ועוד י"ל דמגלודה לא קשיא דהתם איכא תרי כללי רב ושמואל הלכה כרב באיסו' ושמואל ור"י הלכה כר"י ואהו הנהו כללי ואתו לכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים אילאו משום דרבי ינאי רביה דר"י הוא

שוב ראיתי להרי"ף ז"ל בפרק ראשית הגז גבי מתנ' גזזות כל שהן דבעי בגמ' כמה כל שהן ואיכא שם כמה דעות והאה שם הרי"ף ז"ל סברת רבי ינאי אע"ג דהוי רביה דר"י מפני דהוי יחיד אצל רבים וכן בפרק הזורק גבי ספינה דרב הונא אמר מוליא מתנה זין כל שהוא ורב חזקי' ורבה בר רב הונא אמרי טופח מקום ר' זמלא ופסק הרי"ף

ז"ל דהלכתא כוותייהו דה"ל רב הונא חד לגבי תרי אע"ג דרב הונא רביה לרב חסדא הוה כדאיתא בפרק הדר ובפרק אלו מציאות וכן בפ"ג דבכורות גבי לוקח מישראל מאי כתב הרא"ש ז"ל בשם הר' יונה דהלכה כרב ושמואל לגבי ר"י משום דהוי ר"י יחיד לגבייהו ולענין כתיבתו כר' יוחנן ושמואל דה"ל רב יחיד לגבייהו וכן בפרק אבית גבי כנשין שמחטן פסק הרי"ף ז"ל כרב ושמואל לגבי ר"י משום דה"ל ר"י יחיד לגבי רבים וכן בפרק הדר גבי מחלוקת לאין המבוי כיתר בלחי וקורה פסק הרי"ף ז"ל כרב ושמואל דהוו רבים לגבי ר"י הוא הדבר אשר דברתי דכשהוא יחיד ממש אבל רבים אין כלל דרב ור"י הלכה כרבי יוחנן או הלכה כר"פ לגבי ר"פ משום דרביה הוא עומד לגבי יחיד ורבים הלכה כרבים וא"כ קשה על הרי"ף ז"ל למה בפרק השוחט גבי שוחט בשנים או שלשה מקומות פסק הלכתא כרב משום כללא דרב ושמואל הלכה כרב באיסורי ולא פנה אל הכלל דיחיד ורבים הלכה כרבים וכ"ע

היוצא מן המחובר דאע"ג דכל דאיכא שני כללים מנגדים זה לזה לא סמכינן אשום כלל אלא כאשר הדבר תלוי

ועומד היינו בכללים גמורים אבל כלל דמעשה רב לדעת הרי"ף וסיעתו כל שיש אחר גמור מנגד לכלל דמעשה רב דחינן לכלל דמעשה רב וסמכינן על הכלל האחר ומהאי טעמא בכ"ד סמך הרי"ף ז"ל על הכלל דהלכה כרב נחמן בדיני ודחה לכלל דמעשה רב אבל לדעת ר"ח וסיעתו אע"ג דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני כשיש כלל אחר מנגדו אפי' כללא דמעשה רב סמכינן אכללא דמעשה רב ונראה דבמחלוקת זה חולקים הרב ב"י ז"ל עם מהר"ס אלשקאר ז"ל סי' ל"ב ורש"ל בפ"ק די"ט דמדברי הרב ז"ל בב"י א"ח סי' תק"י סוף מחודשין א' יש להוכיח דכלל דמעשה רב אהני לן אפי' נגד כלל אחר אבל רש"ל ז"ל בפ"ק די"ט כתב דלא אהני לן כלל דמעשה רב אלא היכא דלא ברירא לן הלכתא כמאן אבל היכא דברירא לן דהלכתא כהך דסתם תנא כותיה אין כאן הכרח משום מעשה רב לבטל ולסתור פסק הלכה הקבוע בתלמוד וכן מוכיח מדברי מהר"ס אלשקאר ז"ל סי' ל"ב שכתב אע"ג דקי"ל מעשה רב אבל היכא דפליגי רבים לא שבקינן רבים דאתו כרבים ועבדינן כיחיד או תרי דאתו כיחיד ותמיהא לי דגרסי' בפ' במה מדליקין איתיביה כרך דבר שמדליקין בו על גבי דבר שאין מדליקין בו אין מדליקין בו אמר רשב"ג של בית אבא היו כורכין פתילה על גבי אגוז ומדליקין קתני מיהת מדליקין אמר ליה אדמותבת לי מדרשב"ג סייעינהי מת"ק הא לא קשיא מעשה רב ופרש"י ז"ל הואיל ומעיד שכך היו עושין של בית אבין הלכה היא אלמא כלל דמעשה מהני אפי' יחיד לגבי רבים דהא רשב"ג לגבי ת"ק יחיד אבל רבים הוא וכן ראיתי בהגהת ש"ך שער נ"ר הביא ראיה מכאן דמעשה רב אפי' יחיד אבל רבים וכ"ל דס"ל למהר"ס אלשקאר ז"ל דלא אמרינן דמעשה רב מהני אפי' יחיד אבל רבים אלא דוקא בשאותו יחיד שחולק על הרבים עושה מעשה ואין מי שחולק עליו אבל בנדון הר"ס אלשקאר ז"ל אע"ג דעשו מעשי' כיחיד רבים פליגי על אותו היחיד שעשה מעשה וסברי דהלכ' כרבי' נקטינן כרבים דפליגי על היחיד אע"ג דעשה מעשה כיון דאתו רבים נגד רבים

ומה שהקשה הרי"ף ז"ל לסברת ר"ח ז"ל דסברת רבא אמר רב נחמן הוי מסקנא דשמעתת' יש לומר דס"ל לר"ח ז"ל דלא מקרי מסקנא דשמעתתא אלא כשנחלקו שני חכמים בזמן אחד ולא היה מעשה וסדר התלמוד דברי הא' באחרונה או אמרינן דהוי מסקנא דשמעתתא אבל עתה דר"י נפחא קדם לרב נחמן ובא מעשה לפני ר"י נפחא ודן שאין יורדין וחלק עליו רב נחמן ואמר שיורדין לא מקרי מסקנ' דשמעתת' הדא דהתלמוד מביא כפי הסדר ועוד שמוכרח להביא תחלת דברי ר"י נפחא להודיענו שנשכיל בראה רב נחמן בר"י נפחא דן שאין יורדין הגיעו לומר שיורדין דאי לאו ר"י נפחא שדן שיורדין לא היה אומר כלום שפשוט היה בעיניו שיורדין אפי' בכ"ח ולא הוצרך לפרש שאין יורדין אלא מכני שראה לר"י נפחא שדן שאין יורדין ואם התלמוד היה אומר בהפך סברת רב נחמן בתחלה וסברת רבי יצחק נפחא באחרונה ה"ל שלא כסדרן

ומה שהקשה הרי"ף ז"ל ממאי דמקשינן בנערכין ואי חייבת לשובר כו' כבר השיבו בעלי התוס' בפרק הכותב למעגה זו ע"ש ואי לאו דמסתפינא ה"א שלטניות דעתי לא ירד לסוף דעת הרי"ף ז"ל בראיה דלע"ד לא מכרעא מידי דהתם קאי תלמודא לרבא דחייס לשובר ופריך ליה רב הונא בריה דרב יהושע ומי חיישינן לשובר והתנן הנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה כו' ורבא אמר רב נחמן אפי' ב"ח נמי ואי חייסת לשובר התם נמי ניחוש וכונת רב הונא בריה דרב יהושע להקשות לרבא מלידיה אדידיה שהוא אמר שהטעם שאין נזקקין לנכסי יתומים משום חששת שובר ואיהו אמר בפרק הכותב בשם רב נחמן ובודאי דהכי ס"ל מגלא חלק עליו בנפרעין שלא בפניו ולא חייש לשובר ותירץ דהתם היינו טעמא מפני התקנה ואי גרסינן בפרק הכותב רבה ובערכין רבא או איפכא ניחא אבל בכל הנוסחאו' בין בערכין בין בכתובות גורסת רבא איברא שיש בערכין שהביאו לדברי רבא שבשם רב נחמן בשפרק הכותב לדברי רבה שבשם גרסי' ורבה אמר רב נחמן בה"א

ומה שכתב החכם השלם נר"ו ואלו היינו יכולים לומר שרבא אמר רב נחמן היה בזמנו של ר"י נפחא כו' אלא שכ"ל שר"י היה קדמון ע"כ הומר אני דגבי דאין אנו יכולין לומר שרבא היה בימי ר"י נפחא מ"מ רב נחמן היינו רחוק שגמלא בזמן ר"י נפחא לסוף ימיו שהרי רב נחמן סתם המוזכר בתלמוד הוא רב נחמן בר יעקב כמ"ש התוס' בפרק כל הגט ואע"פ שרש"י ז"ל כתב שהוא רב נחמן בר יצחק ליתא כמ"ש בספר יוחסין הות נו"ן ורב נחמן בר יעקב היה תלמידו של שמואל ושמואל שהיה חבירו של רב היה נזול מר"י ומת קודם ר"י כדמשמע מההיא דאמר ר"י ליגוקא פסוק לי פסוקך ואמר ושמואל מת ומנע ר"י עצמו ללכת לבבל לראות לשמואל ור"י בר נפחא היה בזמן ר"י ואפשר שהיה קטן ממנו שהרי רבי אמי ורבי אסי תלמידי דרבי יוחנן הוו והיו בזמן ר"י נפחא כדאיתא בפרק הכונס יתיב רבי אמי ור' אסי קמיה דר"י נפחא ולא כליגו שהיו תלמידיו ואפי' תימא שהיו תלמידיו כי היכי דרבי אמי ורבי אסי שהיו תלמידי ר"י היו כתלמידין אבלו הכי נמי רב נחמן שהיה תלמיד שמואל היה יכול להתגלג אבל רבי יצחק נפחא אלא שפעם אחר א"א שימצא אבלו שר"י נפחא היה בא"י ורב נחמן היה בבבל ולא מליגו שעלה רב נחמן לא"י ולא ר"י נפחא שירד לבבל

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ועוד שתלמודא דידן מביא רבא ורב נחמן שחולקים עליו והוא יחיד נגד רבים ע"כ וזו אלי שגגה גדולה דכי היכי דרבא קאי כסבר' רב נחמן הכי נמי רבי אחא שר הבירה קאי בסברת ר' יצחק נפחא דהא איהו בעל המימר' שאמר מעשה בא לפני ר' יצחק נפחא באנטוכיא כו' ואדרבא רבים העומדים בסברת ר"י נפחא מהעומדים בסברת רב נחמן דבסברת רב נחמן קאי רב נחמן לחודיה ובסברת ר' יצחק נפחא קאי רבי אחא שר הבירת והירושלמי

עוד כתב החכם השלם נר"ו ועוד נראה דיש לדקדק דאי חיישינן לשובר אמאי נאמנה מגבינן לה בשבועה

וכי

וכי משום אינא דאשה מבטלינן לדינא כו' ע"כ והנה אמת שהייתי רוצה להתווכח עם החכם השלם נר"ו פה אל פה שיפרש לי מה היתה כונתו בקושיא זו ולמי אלה לו אם תקשה לר"י נפחא הרי בפירוש הוא אומר דאע"ג דבב"ח אין נפרעין אלא בבינוני משום דחיישינן לשובר באשה לא חיישינן משום אינא ואם לר"ח ז"ל מקשה קושיא זו על מה ירי"ב אלין כיון דר"ח ז"ל אינו אומ' דבר מדעתו אלא סברתו היא סברת ר"י נפחא ועוד ולדידי' מי ניחא והרי רבא בפרק שום היתומים סובר דטעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים משום דחיישינן לשובר ואע"פ כן סובר דבב"ח נפרעין אלא בבינוני כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ואם קושית החכם השלם נר"ו שהקשה וכי משום אינא מבטלינן לדינא שהוא דין גמור היא קושיא לרבא נמי תיקשי כיון דחיישינן לשובר משום שלא תנעול דלת בפני לווין מבטלינן לדינא שהוא דין גמור והרי הרמב"ם ז"ל בפכ"ב מה"מ כתב שאין נזקקין לנכסי יתומים משום שובר והמ"ה כתב דנזקקין משום אינא ולפי דברי החכם השלם קשיא עליה מה שהקשה על ר"ח ז"ל וכי משום אינא מבטלינן דין גמור

עוד כתב החכם השלם נר"ו דיותר יש תפישת בררי באשה מבב"ח ע"כ והנה קו"נו היא מעין הראשונה וכי יש לנו כח לחלוק על ר"י נפחא שאומר דלא חיישינן ועוד מנ"ל דטפי איכא למיחש באשה התפסת בררי מבב"ח והרי בערכין פרק שום היתומים אמר רב הונא בריה דרב יהושע דטעמא דאין נזקקין בנכסי יתומים שמא אתפסיה בררי ואיפסיקא הלכתא כותיה וכ"כ כל הפוסקים ועוד שעיקרא דאינא בין באשה ובין בב"ח ליכא למיחש לבררי אלא בשעת מיתה כמ"ש התוס' בפרק מי שמת בשם הר"ם מיינביל ז"ל וכן נראה מדברי רש"י ז"ל בפרק שום היתומים ואע"ג דהר"י בפרק מי שמת פליג על הר"ם מיינביל הר"ם מרוטנבורק והרא"ש ז"ל בתשובה תפסו תירוץ זה עיקר וכ"כ רבי' ירוחם ז"ל ותרומת הדשן סימן ש"ל ומורי הרב ז"ל כתב בתשובה סימן כ"נ דהאינא דתקינו גאונים למגבה ממטלטלי לכ"ע אין לחוש להתפסת בררי אלא בשעת מיתה

אברא דהתוס' ז"ל כתבו בפרק מי שמת דבהלך למ"ה חיישינן להתפסת בררי אבל בערכין פרק שום היתומים כתבו דמשום בררי אין למנוע לפרוע שלא בפנין מפני התקנה אבל משום חששא דשובר לא

עוד כתב החכם השלם נר"ו וגם נראה דכפי העיון הריק הטב איכא למירק דכיון דאמרינן דב"ד טוענין בשבילו אמאי לא אמרינן הכא ברי ושמא ברי עדיף כו' ואפי' לר"י ורב נחמן כשאמר מנה הלויתיך ואמר הן אבל איני יודע אם פרעתיך חייב כיון שהודה על ההלואה וס' לו על הפרעון משום דברי ושמא ברי עדיף וא"כ הכא נמי בהאי דינא כי ב"ד הם הטוענים והם יודעים בבירור שלוה ממנו דהא השטר עומד לפניהם וענין הפרעון ספק אמאי לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כו' ע"כ ושן הדומה שהוא סובר שכשאומר הן אבל איני יודע אם פרעתיך שחייב לשלם טעם הדבר הוא משום דברי ושמא ברי עדיף ולשון הרב בעל הטורים ז"ל שכתב כיון שהוא יודע שחייב לו וספק לו אם פרעו כו' הטעו לומר דבר זה וזה אינו דאם לדידן ס"ל דברי ושמא ברי עדיף אפי' להוציא א"כ באיני יודע אם הלויתני ג"כ נחייבהו לשלם משום דברי ושמא ברי עדיף ועוד כיון דטעם רב נחמן ור"י המע"ה גם באיני יודע אם פרעתיך היה לנו לפטרו מטעם המע"ה אבל עיקרן של דברים כך הוא דבאומר איני יודע אם הלויתני כיון שזה אינו מודה על ההלואה הרי זה מוחזק בשלו ואינה מועלת טענת ברי כנגד החזקה אבל באומר לו הלויתני אבל איני יודע אם פרעתיך כיון שהוא מודה לו על ההלואה הרי הוא כאלו בא להוציא ממנו בטענת שמא וברי ושמא ברי עדיף והטעם שבאומר איני יודע אם הלויתני חשבינן ללוה כמוחזק ובאומר הלויתני אבל איני יודע אם פרעתיך חשבינן למלוה כמוחזק הוא דבאומר הלויתיך והוא אומר איני יודע אם הלויתני אף אם יודה לו על טענתו עדיין אינו חייב לשלם לו דיטעון פרעתי אבל באומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אם יודה על טענתו חייב לשלם

ומה שהקשה דא"כ נב"ד נימא ברי ושמא ברי' עדיף אדמקשיא ליה לר"ח ז"ל ניקשי ליה לרבי ז"ל ששנה במשנתנו והנפרע מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה וכן מן הלקוחות והנפרעת שלא בפנין והטעם הוא שטוענין ב"ד בשבילו שמא פרע ואמאי ברי ושמא ברי עדיף אלא שטעם הדבר הוא שכל מה שב"ד טוענין כל מה שהיה יכול לטעון כטענת ברי חשבינן לה דאי לא תימ' הכי אלא שהיא טענת ספק הא אין משגיחין על טענת ספק אלא ודאי כטענת ברי חשבינן לה א"כ וכי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף היינו היכא דאי עבדינן עיקר מטענת שמא היה מפסיד המלוה ממונו מכל וכל אבל כאן כב"ד דטענת שמא לא אהני לן אלא שלא יפרע עד שיבא עדיף טענת שמא מטענת בריא ואם ימות הלוה ולא יבא דהשתא אי חשבינן לטענת שמא מפסיד המלוה חובו הא כתבינן לעיל דאם ימות ישבע ויטול כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים וכזה מה שטען עוד החכם השלם נר"ו ז"ל וכן מי שיוציא שטר על היתומים שנפרעין כשיהיו גדולים או על הקטנים כשיגדילו אמאי לא יחושו שמא היה לאביה' שובר כרוח תפרח דלהפסיד ממון המלו' לא חיישינן לשובר כי היכי דלרב נחמן בהלך למ"ה מפני התקנה לא חיישינן לשובר הכי נמי לר"י נפחא בשעת הלוה מפני שלא יפסיד המלוה מכל וכל לא חיישינן לשובר ותדע לך דהא ביתומים קטנים לא גבינן מהם מטעם דחיישי' לשובר והטעם דכיון דהמלוה אינו מפסיד חובו אלא ממתין עד שיגדילו חיישינן לשובר

וגדולה מזאת כתב בעל התרומה בשער י"ד דאפי' כתוב כתובה נאמנות על היתומים לא מהני דיתומים קטנים כמי שאינם ויש לחוש דלפי גדלי' משכחא תברא להפסיד הנאמנות ודי לנו אם נזקקין לה בשבועה ואע"פ שיש נאמנות בשטר כתוב' ע"כ הרי שיש לנו לחוש לשובר להפסיד הנאמנות ולא חיישינן לשובר שנפרע והטעם כמו שכתבתי דבחששא דשובר להפסיד הנאמנות כיון דאינו מפסיד חובו דבשבועה נמי מוקמינן לו אבל בשובר שנפרע דאי חיישינן מפסיד הלוה חובו לא חיישינן ואם הלוה לא נודע מקומו אין ואינו עתיד לחזו' למקומו כבר כתבינן לעיל בשם הרא"ש ז"ל בתשובה סימן פ"ו דאפי' ר"ח יודה דנפרעין שלא בפנין ולא חיישינן לשובר והטעם ברור דלא חיישינן לשובר להפסי' המלוה מכל וכל וכמ"ש

והנה החכם השלם נר"ו סיים לשונו וכל אלו הדברים נראים אמתיים וישרים למי שהוא מבין ע"כ לפי דבריו נר"ו בע"הת והרא"ש ז"ל שכתבו דב"ד טוענין כל מה שהוא יכול לטעון לא הבינו ולא הבחינו מה שהוא נר"ו הבין ולפי מ"ש לא אלו בלבד בע"הת לא הבינו ולא הבחינו הדברי' הישרים והאמתיים אלא אפי' רבינו הקדוש ע"ה נתעלם מן לו מן העין דרך ישר לבני אדם והיו לעבד הכי עבדם להיו' כרכו

עוד כתב החכם השלם נר"ו ז"ל וא"כ מ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו ומי רצה לשני שרי שכאו' ישראל כר"ח ורבינו האיי ז"ל ותשובות דרבנן תקיפי ארעא בתוס' והרמב"ן ז"ל

ז"ל כו' הא כפי מה שכתבנו נתמעטו דהא בעל התרומות לא
ס"ל הכי וגם הרמב"ן ז"ל ואפי' רבינו האיי גאון ז"ל כתבו
הגהות מיימוניות דכהרי"ף ז"ל ס"ל כו' ע"כ ואני אומר אין
מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות ומתוך מיעוטו של החכם
השלם נר"ו רבו למעלה דהא מ"ש דבע"הת כהרי"ף ז"ל ס"ל
כבר כתבתי בפסקי הראשון וזה האחרון דהוא ט"ס שפלטתו
סכין הסהירות הוא וכ"ל בעל העיטור כמ"ש הרשב"ס ז"ל
בפירוש גם מ"ש על הרמב"ן ז"ל כבר נתבאר שם דא"א
לומר כן בשום פנים גם מ"ש בשם בעל ההגהות בשם
רבינו האיי ז"ל כבר כתבתי שם שיש עדיות מתחלפים ואפי'
לעדות בעל ההגהות אין כאן הוכחה למה שרצהו החכם
השלם נר"ו לצרף לרבינו האיי ז"ל עם דעת הרי"ף ז"ל •
ומצאתי כתוב בתשובות הגאונים שאלו לרבינו האיי ז"ל הא
דרבי נתן אשכחינן בתשובת ר"ע דלא מפקינן ממונא מלוי
ויהבינן לראובן עד דאזיל ראובן ותבע לשמעון וכד ממריד
ולא פרע ליה אז מוציאין מזה תשובה הכי חזינן דכלין
וכשורה כתב כו' וכמה דלא קם בהדי'בדינא לא מגבינן ליה
מדעם עד למיית לזה כו' והא מילתא דרב עמרם אע"ג דלא
מיפרשא בגמרא וקבלה היא בידנא כבר מיפרשא בגמר'א"י
דמקשו ומתמהי וכי נפרעין מן האשה בפניו כו' ומפרשינן
התם כמי והוא שעמד בדין וברח ע"כ הנה אלה דברין
מבוארים בתכלית הביאור שדעת רבינו האיי גאון כדברי
ר"ח ז"ל ולא בלבד הוא זה דעת רבינו האיי גאון ז"ל אלא
אפי' דעת רב עמרם ז"ל וזה ברור

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ומהא דשמואל דאמר
דאין הולכין בממון אחר הרוב הקשינו כמי אנחנו
לדברי הרב ז"ל אלא דדברי הרב ז"ל עשה סמכא לדברין
מהבקיאות כו' והאריך בזה והביא מה שאמרו התוס' בפ"ק
דיבמות דהולך הבת קול לפסוק כב"ה אע"ג דהוו רובא
משום דב"ה מחדדי טפי וכפי זה מה שתפס הרב לספוק
כג' עמודי ההוראה הרי"ף והרמב"ס והרא"ש ז"ל אע"ג דאין
הולכין בממון אחר הרוב משום דקודם בת קול היינו אות'
דראוי לפסוק כמאן דמחדדי טפי ובקיאים בתלמוד ואפילו
אחר בת קול לא מיעט אלא שלא ללכת אחר החריפים נגד
הרוב אבל אי הוי רוב וחריפי טפי כ"ש דעדיף טפי ואני
תמיה כרבה היעלה על לב לומר דהרי"ף והרמב"ס והרא"ש
ז"ל הם בעלי הוראה ובקיאים בתלמוד יותר מהגאונים ז"ל
שלפניהם ורש"י והתוס' וגדולי הפוסקים זו לא אמרה אדם
מעולם ועוד אלו היה רואה שהרב ז"ל פוסק במקומו' רבים
כהרי"ף והרמב"ס והרא"ש ז"ל אע"ג דרבים פליגי עלייהו לא
היה כותב זה שהרי אחרי הבת קול אזלינן בתר רובא אף
ע"ג דהמיעוט מחדדי טפי ועוד אפי' היכא דהוי רובא דלפי
הבת קול הולכין אחר הרוב אע"ג דהמיעוט מחדדי טפי
ליכא קושיא למנהגינו שנהגנו לומר המוחזק קים לי כהנך
רבוותא דמסייעו לי אע"ג דהוו מיעוטא מכח דהיא דאין
הולכין בממון אחר הרוב דבשלמא בבת קול דב"ש וב"ה וכן
בת קול דר"א שהדיינים היו נושאין ונותנין ביחד כל שהרוב
הסכימו בפני המיעוט לדעת א' המיעוט כמאן דליתי' דמי
אבל הקים לי הנהוג בזמנינו מטעם סברות הפוסקים מתוך
כתבם ולא מפיהם שלא ראו אלו את אלו אף שראו סברתם
בספרים כל שלא ראו זה את זה ולא עמדו זה בפני זה אמרי'
קים לי דשמא אם הרוב היו רואים סברת המיעוט היו חוזרים
בהם לומיא דנ' שא' מהם אמר איני יודע אע"פי שהשנים
האחרים הסכימו לדעת א' יוסיפו הדיינים וכמדומה לי
שראיתי חילוק זה בא' מגדולי האחרונים וכעת איני זוכר
מקומו אין (הגהה כ"כ מהר"א ששון ז"ל סימן ר"ו ע"כ
ההגה"ה) ובהכי ניחא נמי מ"ש התוס' ברפ"ש פרק המניח

דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב גבי דיינים שאני
דהשיב מיעוט דידהו כמי שאינו ע"כ דמיירי בדיינים
שנושאים ונותנים ביחד וניחא נמי מה שהקשה החכם השלם
נר"ו למנהגינו דאנו אומרים קים לי מקרא דאחרי רבים
להטות ולמה לן לאעמיד כ"ד נוטה והיא קושית התוס' בפ'
המניח ובפ"ק דסנהדרין דמקרא דאחרי רבים להטות דמיניה
ילפינן להעמיד כ"ד נוטה מיירי בחכמים ודיינים
הנושאים ונותנים ביחד והסכימו הרוב לדעת אחד אבל הקי'
לי הנהוג בינינו הוא מכח סברתם בספריהם וכמ"ש והחכם
השלם נר"ו ראה כדברי התוס' שחלקו בין מה שאמרו אין
הולכין בממון אחרי הרוב ובין הדיינין וכתב בלשון הזה
וכפי זה איכא למימר דהא דשמואל אזיל בתר חזקה היינו
כי רוב הוא בענין לבר כגון שור אם עומד לטביחה או
לרידייא אבל ברוב חכמים רוב דעות אמרינן דאזיל בתר
רובא ע"כ הבין בדברי התוס' דשאני רוב דעות מרוב במציאו'
וזה אין לו טעם

אבל עיקרן של דברים שלא כתבו התוס' דדיינים שאני
אלא כנושאים ונותנים ביחד אבל בסברות הפוס'
הנמצאות בספרים לא אזלינן בתר רוב דעות וכן מ"ש החכם
השלם והאריך להוכיח מדברי הרא"ש ז"ל שאין אומרים קים
לי לא ראיתי להאריך בזה לפי שכל דברי הרא"ש ז"ל שם אינם
אלא להציל הדיין אם יהיה חייב לשלם או פטור מלשלם אבל
בענין הבע"ד בעצמו אם יכול לומר קים לי או אינו יכול
לא דבר הרא"ש ז"ל ואני תמיה על החכם השלם נר"ו
איך הסכימה דעתו לומר שהרא"ש סובר דלא אמרינן קים
לי והוא ראש המדברים בענין הקים ליכמ"ש בתשובה כלל
א' סי' ח' וז"ל ואף אם נחלקו רשב"ס ור"י ובעל העיטור
על שאר רבותינו בכתיבת קטן פחות מי"ג בנכסים שלו כך
קבלתי מפי הר"ס היכא דאיכא פלוגת'דרבוותא לא מפקי'
מספק ואוקי' ממונא אחזקתיה והכי אמרינן בפ"ח הלכת'
כוותיה דרבא בארעא היכא דקאי ארעא תיקו'וכוותיה דרב
יוסף היכא דקיימי זוזי ליקום ע"כ

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ומ"ש שהרשד"ס ומהרש"ד
ז"ל הוהא לומר שב"ד כו' הריב"ש ז"ל כתב בסימן
תמ"ח שיבאר דינין בקלרה כפי דעת הרי"ף והרמב"ס ז"ל וכל
גדולי האחרונים ולא יחוש לדברי קצת מן המפרשים ע"כ •
ואני שמעתי ולא אבין היכי מוכח מדברי הריב"ש ז"ל דלא
אמרינן קים לי דהתם בסימן תמ"ח אין כונת הריב"ש ז"ל
לומר אלא שלא היה רוצה לבאר דיני הקטן אלא כפי דעת
הרי"ף והרמב"ס ז"ל כו' ולא לפי המפרשים שניהו דבריהם
אבל אם המוחזק יאמר קים לי כאותם מחברים מי זה אמר
שהריב"ש ז"ל סובר שאינו יכול לומר קים לי ועוד תמין
ולאין נתברר להחכם השלם נר"ו דבאותו נדון של הריב"ש ז"ל
המחברים שדחו דבריהם היה דעתם לאוקומי ממונא כדי
שיוכיח מדברי הריב"ש ז"ל דאין המוחזק יכול לומר קים לי
ולא נאמר שדעת המחברים בנדון ההוא היה לאפוקי ממונא
וליכא הוכחה מדברי הריב"ש ז"ל שאין לומר קים לי ועוד
בזמנו של הריב"ש ז"ל לא היה נהוג טענת קים לי כמו שהוא
נהוג בזמננו ועוד לא ידעתי מה זו תשובה למ"ש שבין הרשד"ס
ובין מהרש"ך הושוו לומר שב"ד שגו להוריד לנכסי הלוה
שלא בפניו כיון וכי מהרשד"ס ומהרש"ך כולם מעיניה' תשו'
הריב"ש ז"ל

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ולמ"ש שהושוו הרשד"ס
ומהרש"ך לומר שב"ד שהורו להוציא ממון הלוה
שלא בפניו טעו טעות גדולה כו' • ואני הקטן והשואל
שואל אני מחילה מהם שאיני יכול לשבול דברים אלו אחרן
מי שאמרן וכי הרשב"א גדול הפוסקים כו' וכן הרא"ש שכתב

ומן שמא דבר כו' כולם טעו טעות גדולה כו' ע"כ ולא ידענא מאי קאמר דאותם הגדולים הכריחו כסברת הרי"ף ז"ל מתוך ההלכה ואפשר כח ביים להכריח כא' מן הסברות מכח סוגיית ההלכה אבל דברי הרמב"ם ומהרא"ך ז"ל הם בזמנים הללו שהקים לי נהוג בינינו כ"ד שהורו להוציא ממון הלוה אלא בכפיו טעו טעות גדולה ומ"ש שהרמב"ן ז"ל כ' דאפילו עכשיו לא אזליגן בתר קים לי אלא בדברי הרב ב"י ז"ל כמו שהעיד הפוסק נר"ו ע"כ ליתא שכבר הוכחתי כפסק האחר שהראנ"ח ז"ל משמע בהרבה מתשובותיו כטעם הקים לי וגיון דסימן ק"ט שאני וכמו שהארכתי שם ומ"ש שאדרבא שבועה שבעיר המלוה מחוורת משום שיש לו בושת מאנשי עירו היודעים משאו ומתנו משא"כ בעיר אחרת כו' ע"כ לא ידעתי מהו דנהי דיודעין משאו ומתנו מ"מ ענין הפרעון יותר ידוע בעיר הלוה מבעיר המלוה ובמ"ש שם •

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ומלבד זה אמרינן בפ' כתובו' ההיא איתתא דאיתחייבא שבועה בי דינא דרב ביבי כו' וכתב הר"ן ז"ל תיתי ותשבע לי במאתין כו' אבל בנשבעין ונוטלין לא מצי לוה לומר לישבע במאתין כו' א"כ נמצא דהלוה לא יוכל לומר למלוה שילך לישבע במקום פ' וכן ב"ד שעומדין במקום הלוה לא יכולין לכופו לדון ולישבע במקום אחר כו' ע"כ ולא ידעתי מה ראה לשנות עיקר מדברי הר"ן ז"ל דמחלק בין תובע לנתבע יותר מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה"ש ושותפין והביאו בספר הטורים ח"מ סימן קכ"ג דאם הנתבע טוען למורש' לא הרשאתי שמוציאין הממון מיד הנתבע ויהא מונח ביד ב"ד עד שיבא שמעון וישבע ויטול וכתב הרב בב"י בח"מ סימן קכ"ג שטעם הרמב"ם ז"ל שלא יערים הנתבע לומר יבא התובע וישבע וכההיא דאמרינן בהכותב תיתי ותשבע במאתין כו' הרי שדעת הרב ז"ל שהרמב"ם ז"ל סובר דלא"ש תובע ולא"ש נתבע יכול לומר יבא וישבע כאן ולו יהיה כדעת הר"ן ז"ל דיש לחלק בין תובע לנתבע מה ענין זה לזה התם באותה עובדא בין שתשבע באותה העיר בין בעיר התובע היתה נשבע' בפני התובע ולכן חלק הר"ן ז"ל בין תובע לנתבע אבל בנדון מהרא"ש ז"ל שטעם השבועה במקום שהנכסים שם הוא כדי שישבע בפני ב"ד דאיכא כבעלי דבר כינהו אין חילוק בין תובע לנתבע ובין זה ובין זה צריך לישבע בפני בע"ד כמ"ש ה"ה ז"ל בפי"ו מה"מ ולוה והרשב"א והריטב"א בתשובה ותשובה אשכנזית שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן פ"ו והגהות מרדכי פי"ו דכתובות ורבינו ירוחם ז"ל בכ"ג ח"ד

אברא שהרשב"א ז"ל ותשובה אשכנזית כתבו דאם נשבע שלא בפני בע"ד חבירו נפטר וכ"כ הגהו' מרדכי בפי"א דכתובות וכנ"ד אף שב"ד עשו שלא כהוגן להוריד למורשה המלוה כנכסי הלוה בשבועה שנשבע המלוה בעירו מה שעשו עשוי אמנם הריטב"א ז"ל בתשובה הנז' כתב בשם הרי"ף ז"ל והוא נראה גם כן מסכים לזה דאפילו בדיעבד לא נפטר וכ"ל דאפילו לסוברים דבדיעבד נפטר היינו דוקא בנתבע שנפטר באותה שבועה אבל בתובע דבאותה שבועה מפיק ממונא אפילו אם נשבע חוזר ונשבע בפני התובע כדי להוציא ממון

וכל זה כתבתי כפי דין התלמוד דעבר לוה לאיש מלוה והמלוה כופה ללוה ללכת לבית הוער אבל בזמנינו זה שפשט המנהג שהתובע הולך אחר הנתבע ועבד מלוה לאיש לוה לכ"ע אפי' לדעת הר"ן ז"ל בין מלוה בין לוה יכול לומר תיתי ותשבע במאתין שהרי כל טעם הר"ן ז"ל בין מלוה ללוה הוא משום דמלוה כלאו הכי מצי למכפייה למיזל לבית הועד אבל לוה שאינו יכול לכוף למלוה למיזל לבית הועד ודן בעירו כדי שלא יוציא מנה על מנה אינו יכול לכופו לישבע בעירו וא"כ עתה שהתובע הולך אחר הנתבע לדין ולא חיישינן לשמא יוציא מנה על מנה ה"ה דיכול לכופו לבא לישב' בעירו ואי לאו דמשתפינא ה"א דכי היכי דלדין התלמוד יש חילוק בין תובע לנתבע שהתובע יכול לכופו והנתבע אינו יכול לכופו הכי נמי בזמנינו זה שהתובע הולך אחר הנתבע יש חילוק בין תובע לנתבע שהנתבע יכול לכופו והתובע אינו יכול לכופו

ומה שהוקשה להחכם השלם נר"ו על דברי הרב בב"י ח"מ סי' קכ"ג מדברי הר"ן ז"ל על זה וכיוצא בזה נאמר גברא אגברא קא רמית שהוא מקשה מסברת הר"ן ז"ל על הרמב"ם ז"ל ועל הרב ז"ל בב"י אפשר שהם סוברים דלא"ש תובע ולא"ש נתבע ומה שהיים וכתב ומ"מ יש לתמוה על הרב ז"ל איך לא שת לבו על פירוש הר"ן ז"ל לכתבו בשמו ושמא סמך על שום מקום ואנכי לא ידעתי ע"כ הנה מקום אתו בסי' פ"ו מחודשין כ"ו שם רמז הרב ז"ל דברי הר"ן ז"ל וכתב ועיין בהר"ן ז"ל פרק הכותב ומפני שקשה בעיני לומר דהרמב"ם ז"ל כפי פי' הרב ב"י ז"ל יחלוק על הר"ן ז"ל וכל הפוסקים שנראה מדבריהם דדוקא תובע יכול לכוף לנתבע אבל לא נתבע לתובע חשבתי דרכי לומר דגם הרמב"ם ז"ל מודה להר"ן ז"ל שאין דין זה אמור אלא בתובע אבל לא בנתבע אלא שסובר הרמב"ם ז"ל כדעת הריטב"א ז"ל דהנשבע צריך לישב' בפני בעל דינו אפי' לעיכובא וההיא עובדא דההיא איתתא דאמר בעל דינה תיתי ותשבע במאתין לאו כדמשמע פשטיה שהאשה ובעל דינה יחדיו למשפט נקרבו בפני רב ביבי בר אביי ונתחייבה שבועה רב ביבי בר אביי אמר תיתי ותשבע במאתין אלא שבעל דינה עשה מורשה שילך לגבות משנה מה שלוה ממון בעדים וראיה והמורשה הקריב אותה בדין ונחייבא לפני רב ביבי בר אביי ואמרה היא פרעתי וחייבה שבועה והשבועה צריכה שתהיה לפני בעל דינה כמ"ש ובשבעל דינה שמעה שטענה פרעתי וחייבה שבועה רב ביבי אמר תיתי ותשבע במאתין שהוא לא היה יכול לבא למקומה ואין מן הדין שילך הוא למקומה מטעם דכיון דמעיקרא נמי הוה מצי למכפייה למזל לבית הועד שהרי לא היתה טענתה לא הד"ס שאלו היתה טענה לא הד"ם מה שטען בעל דינה תיתי ותשבע במאתין אין בטענתו ממש לא הוה מצי למכפייה למיזל לבית הועד כמ"ש הרמב"ם והרא"ש והרב בעל הטורים ז"ל וכיון שטענתה היתה פרעתי כי היכי דמצי למכפיי' למיזל לבית הועד מצי נמי למכפייה שתבא היא לעירו ולא שתלך הוא לעירה להן תשבע שלא בפניו אבל דברי הרמב"ם ז"ל בטען לא הד"ס דלא מצי הלוה לשכפייה למיזל לבית הועד אלא דן בעירו והפך השבועה לתובע וצריך לישבע לפני בעל דינו כיון דמעיקרא דדינא לא הוה מצי תובע למכפייה למיזל לבית הועד הכי נמי לא מצי למכפייה למיזל לעירו שישבע בפניו אמנם הנתבע יש לו ויתקן שאומר אם רוצה ליקח ממני ממון יבא וישבע בפני ואם לאו איני רוצה ליתן כלום דהתע"ה כי היכי דמצי למכפייה שישבע הוא ויטול ואם לאו ילך לו ה"נ מצי לכופו שיבא לישבע בפניו ואם לאו ילך לו והכי נמי דייקי דברי הרמב"ם ז"ל שכתב ראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע ללוי ואמר לא הד"ס אבל ישבע שמעון ויטול מוציאין הממון כו' ע"כ ולבאור' קשה למה נקיט דינו בטוען לוי להד"ס ולא נקט דינו נמי בשטוען פרעתי ונתחייבוהו לישבע על טענתו והשבה על שכנגדו דהא כל

כל שבועת השת מהפכינן אלא שלפי האמור ניחא דבדוקא נקט דינו בטען להד"ס דבטען פרעתי יתו' שהיה יכול התלו' לכופו למיזל לבית הועד יכול ג"כ לישבע בעירו וא"כ ליכא למיחש להערמה כדי שנאמר שגוליא המזון מידו אבל בטוען להד"ס שאין המלוה יכול לכופו למיזל לבית הועד כיון שלענין הדין אינו יכול לכופו גם לענין שבועה אינו יכול לכופו לבא לעירו אלא הנתבע יכול לכופו לבא לישבע לעירו שאל"כ יאמר איני נותן כלום מטעם חשש הערמה תקנו חכמים שיוגאו המעות בב"ד וניחא נמי לדעת הרמב"ם ז"ל ההוא עובדא דההיא איתתא שאמר בעל דינה תיתי ותשבע במאתין דלפי פשוטו שהיו ובעל דינה יחדיו למשפט נקרבו לפני רב ביבי בר אביי מאי דעתי' דההוא גברא לומר תיתי ותשבע במאתין כיון שכבר הוא היה עומד בעירה והיתה נשבעת בפניו אטרוחה בכדי מה לו להטריחה ודוחק לומר כדי שיתביישו מבני עירו דכיון דטענתה היתה פרעתי וכדכתבינן אע"פי שנאמר שהעסק נעשה בעיר התובע מה בכך הרי היא לא היתה כופרת בעסק אלא שהיתה אומרת פרעתי וכיון שכן לענין כרעון מה ביוש יש בעיר התובע מבעיר הנתב' אדרבא יותר יודעים לענין פרעון בעיר הנתבע מבעיר התובע וכמ"ש ועוד דכיון דהיא נשבעת בפני התובע שיודע בענין יותר שבני עירו והיא העזה פניה ותאמר לו פרעתי הן לא הד"ס כ"ש שתעיז פניה בבני העיר שאינן יודעין הענין בברי' בבעל דבר בעצמו אבל כפי מ"ש אתי שפיר שהתובע לא בא לעיר האשה אלא שלא מורשה ונתחייבה שבועה והדין נותן שצריך שתשבע בפני המלוה לכך אמר תיתי ותשבע במאתין

נראיתי לרבינו ירוחם ז"ל בנ"ג ח"ד כתב וכ"ל דהא דיכול משביע לכוף לנשבע לבא לישב' בעירו דוק' כשהיה העסק בעירו של משביע או יתביישו מבני העיר מ"כ וק' במה אנן קיימין אי בכופר ואומר להד"ם אפי' נעשה העסק בעירו של משביע אינו יכול לכופו כיון דאטיקרא דדינא אינו יכול לכופו למיזל לבית הועד כמו שכתב הוא ז"ל בנ"א ח"ג ואי בשיש לו עדים או ראיה וטוען פרעתי מה יועילנו עשיית העסק בעירו של משביע כיון שהוא אינו כופר בעסק אלא שטוען פרעתי וע"כ צריכין אנו לומר דס"ל לרבי' ירוחם ז"ל חדא מתרתי או שהוא חולק על הר"ן ז"ל וסובר דל"ש תובע ל"ש נתבע יכול לכוף לנתבע לישבע בעירו ואין כפיית השבועה תלויה בכפיית הדין דאפי' במקום שאינו יכול לכופו בענין הדין בענין השבועה יכול לכופו או שמודה להר"ן ז"ל דדוקא תובע אבל לא נתבע ומיהו בתובע כיון שאלו היה מודה לו היה יכול לכופו בעיקר הדין אם בכופר שבעיקר הדין אינו יכול לכופו בענין השבועה יכול לכופו וזה נראה יותר שהרי הוא ז"ל כתב תובע יכול לכוף לנתבע שישבע לו במקומו כו' משמע דוקא תובע אבל לא נתבע ומיהו בכ"ד לכ"ע אפי' שמעשה העסק בעירו של מלוה אם באנו לחוש לומר שצריך המשביע לישבע לפני בע"ד חבירו כיון שחשש השובר הוא משו' פרעון, לכ"ע יותר טוב לישבע בעיר שהנכסים שם מלישבע בעיר המלוה וכמו שכבר הארכתי שלא כדברי החכם השלם כר"ן ומ"ש החכם השלם כר"ן על דברי הרשב"ס ז"ל שכתב שמהר"י קולון ז"ל ס"ל כסברת ר"ח ז"ל כל דבריו בזה כנים ואמתיים דאין מדברי הגאון מהר"י קולון הכרח כמאן פסיק

ומ"ש החכם השלם כר"ן דאפשר בנדון מהרש"ך ז"ל היה בשטר שהיה בו נאמנות וכפי סברת הרא"ש דס"ל דאפי' בנאמנות סתם מורידין שלא בשבועה כו' ע"כ יפה השיב כדי שלא יהין לייני אלכסנדריא טוענין בדבר משנה אבל מה נעשה שמדברי מהרש"ך ז"ל בסימן הנז' נראה שגינה

אותם מפני שלא כהן י"ח הרי"ף ז"ל ולפי דברי החכם השלם כר"ן הרי יצאו ידי חובת סברת הרי"ף ז"ל ככי דברי הרא"ש ז"ל דאם כונת הרב ז"ל להקשות עליהם והא רא"ה לתכוע סברת הרא"ש ז"ל לאפוקי מתוכת לא הי"ל להקשות דלא יצאו י"ח סברת הרי"ף ז"ל אלא היה לו להק' להם דאפי' לפוסקים כרב נחמן יש מהם שאומרים שצריך שיהיה השבועה עליו ועל באי כחו ועוד למה תלה הדבר בהיותם מורשים אפילו שיהיה המלוה בעצמו כיון שפטרו משבועה כפי שבר' הרא"ש ז"ל איכא לאקשויי עליהם סברת הרא"ש ז"ל לאפוקי ממונא אלא ודאי כיון מהרש"ך ז"ל כשלא היה נאמנות בשטר ודייני אלכסנדריא הורידו למורשה מלוה בנכסי לוה אחר שנשבע המלוה בעירו ודעת הרב ז"ל דבעינן שישבע במקום שב"ד מורידין למורשה שלו בנכסי לוה כמ"ש בפסקי הראשון •

עוד כתב החכם השלם כר"ו וז"ל ועוד דמאי עביד אי מקיימין או לא מקיימין כיון שאין נפרעין ממנו כלל אפי' שיהיה מקוים ועוד דהא אמר אם השטר מקוים כו' ונפרעין מנכסי קטן כו' ע"כ וכפי הנראה הבין החכם השלם כר"ן דמ"ש הרב ז"ל בב"י יתום קטן שאני כיון דאיכא למיחש לפרעון שהכונה לומר דכיון דאיכא למיחש לפרעון אין נפרעין ממנו כלל אפילו בנתקיים בחיי האב וממו' הכי מקשה דמה לנו אי מקיימין או אין מקיימין כיון שאין נפרעין ממנו כלל וישתקע הדבר ולא יאמר דאם נתקיים בחיי האב והוא מקבל מתנה אפילו שלא יהיה בו א' מג' דרכים או ביורש קטן והוא תוך זמנו או שהודה בעת פטירתו או שמכרוהו ומה בנכוייו נפרעין מהם כדמסקינן בערכין ופסקו כן כל הפוסקים אבל כונת הרב ז"ל לומר דכיון שאנו רואים דמשום דאיכא למיחש לפרעון ביתום קטן יותר מביורש גדול דאין נפרעין מהם ביורש קטן אפי' בשטר מקויים אם לא בא' מג' דרכים ה"ה בעינן קיום השטר אף ע"ג דבעלמא מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד ביתום קטן דאיכא למיחש לפרעון אין מקיימין אא"מ האב דקטן במאן דליתיה דמי וחיישינן לפרעון אבל היכא דנתקיים בחיי האב דאין צריך לקיימו אחר מותו גובין בכך דבכר הוא מקויים בחיי האב ואבל אי קשיא הא קשיא על הרב ז"ל דמה ענין קיום אצל פרעון והקיום אינו אלא מחשש מזייף דלהשש פרעון אפי' במקוים איכא למיחש ואפשר שזהו כונת הה' השר"ן אלא שלשונו אינו מובן

עוד כתב החכם השלם כר"ן אבל התשובה הזאת נראית מוקשית מכמה צדדין כו' ועוד דבסי' ק"ן הביא דברי הרמב"ם ז"ל שכתב ג' ראיות צריך להביא לב"ד כו' • ראשונה לקיים שטרו כו' ולא חלק עליהם ואם איתא דהוא סובר דאין מקיימין השטר שלא בפני בע"ד הי"ל להקשות מדברי הגמ' וכמו שהקשו עליו כל רודפיו לענין זה ואם כונתו להקשות עליו מדברי עצמו ליקשי ליה מ"ש בסימן מ"ו וז"ל ומקיימין אותו שלא בפני בע"ד כו' והם דברי הרא"ש ז"ל בפרק הגוזל ולא יקשה עליו מ"ש בסי' ק"ן דאיכא לחויי כתב כן בשם הרמב"ם וליה לא ס"ל וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל בתשובותיו שבא להשיב על מה ששאלוהו מדברי הרמב"ם ז"ל והשיב כפי השאלה ששאלוהו ממנו אבל אה"נ שהוא סובר שצריך שיהיה מקויים בפניו ומלבד זה לא ידעתי על מה היה לו להרא"ש ז"ל לחלוק על הרמב"ם שכתב החכם השלם כר"ן שהיה לו לחלוק על הרמב"ם ז"ל דהרי הרמב"ם ז"ל כתב ראיה אחת לקיים השטר שבידו וזה אתא אליבא דכ"ע אלא שלדעת מי שסובר דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד בשקיימוהו עכשיו שני ולמאן דסבר דאין מקיימין אלא בפני בע"ד הראיה הראשונה היא שצריך שיהיה השטר מקויים

ואם משום שכתב שצריך ראיות צריך להביא ואם הוא מקויים מה הבאה שייך ולדידיה מי ניחא לקיים שטרו מה הבאה שייך והיה לו לומר צריך לקיים שטרו כל תדע דמוכרח לומר חדא מתרתי או שבא להשיב כפי דברי הרשב"ש ז"ל ששאלוהו או שלא היה מקום להקשות על דבריו שיכולין להתפרש הראיה הא' שיהיה מקויים וכמ"ש שהרי הרא"ח ז"ל בסימן ט"ו צריך לפרש דברי הרא"ש ז"ל דאפי' דבעלמא מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד ביתום קטן ובהלך למ"ה צריך לקיימו בפניו ואם איתא לדברי החכם השלם נר"ו תיקשי ליה מתני' זאת דנראה כפירוש דס"ל דאפי' שלא בפניו מהני קיום אלא ודאי כדכתיבנא ועוד מאי קושיא לתשובה זו מת"ש בסי' ק"ו דבסימן ק"ו מיירי בלוה גדול שהלך למ"ה ותשובה זו מיירי ביתום קטן ובלוה והרי כל המיישבין דברי הרא"ש ז"ל כפי ההלכה מחלקין בין כ"ר למ"ש מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד אי משום דקטן שאני ואי משום דשטר לוה שאני וא"כ מאי קו' מסיק"ו לתשו' זו

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל דכמו שאין מקויים אין מורידין משום דאמרינן מזוייף הוא גם כששטר מקויים נ"כ לא ירדו לנכסי קטן שיכולין אנו לומר שהוא מזוייף וא"כ יהיה צריך לעדים לקיימו או שיכירו חתימות העדים או מהשני דיינים כמ"ש הטור סימן מ"ט וחזר הדין שאין מקיימין שלא בפניו כו' ע"כ ולא ירדתי לסוף דעתו דאם באנו לומר דהרא"ש ז"ל מצריך שיהא מקויים בחיי האב בפשט התשובה ודאי דמקויים כדינו קאמר וכל שצריך קיום אחר או לחתימת העדים או לחתימת הדיינין ה"ל כמי שאינו מקויים ולא מהני קיום שאח"כ דאין מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד אלא ודאי מקויים כדינו קאמר ומה שהקשה החכ' השל' נר"ו נטעון אנחנו כל מה שהיה אביה' יכול לטעון וצריכין עדים לקיימו ואין מקיימין עדים שלא בפני בע"ד לא קשיא מידי דהרא"ש מיירי בשטר מקויים שהדיינין מכירין חתימות הדיינין שקיימוהו או חתימת העדים בעלמ' דהשת' מתילא הוא מתקיים ואין כאן קבלת עדות שלא בפני בע"ד וכמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ק"י על מ"ש בספר הטורים סי"א וז"ל ודוקא שלוה בשטר שכתב בכתב ידו כו' בתי' השני דמיירי דהדיינין שרואין כתב ידו מכירין שהוא כתב ידו ומתילא הוא מתקיים ואין כאן קבלת עדות שלא בפני בע"ד ואע"פ שהרא"ח ז"ל בסימן ט"ו דחה דברי הרב ז"ל לא מפני שסובר דאין הדין כן דהאם אלא מפני שאין זה במשמע הלשון אבל לעולם הדין דין אמת ואין חולק על זה וכל זה פשוט ומבואר

גם מה שהקשה החכם השלם נר"ו על דברי ה"ה ז"ל בשם הרשב"א ז"ל שהביאם הרב ז"ל בב"י סי' ק"ח דהא קי"ל דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד כו' כו' לע"ד שנמשך קושיא זו להחכם השלם נר"ו מפני שהבין דמה שסיים הרשב"א ז"ל לפי שאין מקיימין עדים שלא בפני בע"ד הוא נתינת טעם למ"ש נראה דבריו ואפילו מתקיים בחותמיו וליתא שא"כ הי"ל לסיים דבריו אין מקיימין שלא בפני בע"ד אבל דברי הרשב"א ז"ל הם מבוארים בתכלית הביאור שהוא ז"ל כתב ואפי' מתקיי' בחותמיו וגם הפסיק והטע' לא מפני שאין מקיימין את השט' שלא בפני בע"ד דהא איפסיקא הלכתא דמקיימין וכיון שטעם הדבר דקל הוא שהקלו חכמים בקיום שטרות דעדי' החתומי' על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי אין חילוק בין שובר ובין שאר שטרות אלא הטעם הוא כמ"ש הרב הנמקי' בפ"ק דבתרא דאפילו במקויים יש לחוש שמא כיון וזייף וכההיא דאמרינן בפ"ג"פ ושוב כתב הרשב"א ז"ל שאמרו ונקב יש בכד אות פ' אין מקבלין מהם לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד כלומר כיון דהשתא לא מהני עדותם מטעם קיום

חתימותיהם דאפילו בקיום חתימותיהם יש לחוש שמא כיון וזייף ולא מהני עדותם אלא הטעם עדות דאמת הוא שובר זה ה"ל עדות ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד (הגה"ה אחר זמן רב נדפס ספר תורה צדק וראיתי בסי' ק"י כתב כן בשם מהר"י בארקי ז"ל ע"ש ועיין כמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ק"ח בהגהת ב"י אות ש"א מ"ש עוד בזה ע"כ ההגה"ה) וכל זה מבואר בדברי הרב הנמקי' במקום הנז' שכשכתב ואפילו במקויים בחותמיו ואפילו מפי עדים נתן טעם לדבר משום דשמא כיון וזייף ובשכתב ואמרו עדים הכן התמנוהו ונקב יש בכד אות פ' נתן טעם לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד

עוד כתב החכם השלם נר"ו והבא נ"כ דמה שלא הוציא השטר בחיי אביהם של יורשים אלא עכשיו והיה בשטר ששבר עבר זמנו איכא הוכח' דמזוייף הוא ואין מקיימין שלא בפני בע"ד ע"כ השוה. עלינו את החלוקים בשלמ' כשובר כפי דעת הרשב"א ז"ל דמיירי בשעבר זמנו של שטר ותבעו בדין ולא הוציא השובר תגלים לדבר שהשובר מזוייף כיון שלא הוציאו כשתבעו בחיי אביהם ואפי' לדע' הרי"ף ז' מיגמא דשובר דמיירי בדלא מטא זימניה דשטרא ולא תבעו הטעם הוא דאם איתא דתברא מעלייא הוא איבעי ליה לאפוקי בחיי אבוהון ולאזמוני לבי דינא ולאכפויי למקרע ההוא שטרי שמא יאבד לו השובר אבל בשטר חוב דאפילו כהגיע זמנו איכא למיתלי שלא תבעו מפני שראהו דחוק או כדברי אחרי' דאיכא למיתלי מאיזה טעם נאמר דמפני שלא הוציאו בחיי האב לפי שלא הגיע זמנו ובעיקר ישובו של החכם השלם נר"ו בתשובת הרא"ש ז"ל לא ראיתי ליטפל עצמי בזה שהרואה יראה שאין קיום והעמדה בישובו לא מצד הלשון ולא מצד הענין וכדי להשכים דברי הרא"ש ז"ל ליישבו צריך למחוק כל התשובה כולה ולכתוב במקומה מה שרוצה החכם השלם נר"ו

ואני בעניי נ"ל שכל מה שנתחבטו הראשונים בתשובה זו ולגוון עלה הוא מפני שמפרשים דמ"ש הרא"ש ז"ל אם השטר מקויים ר"ל מחיי האב ותימא אכלי דבני או ד' מקומות שהזכיר הרא"ש ז"ל בתשובה אם השטר מקויים לא ליגתתיקי בא' מהם לומר אם השטר מקויים מחיי האב כיון שהוא תל שהכל פונה בו לדעת הגדולים הללו הי"ל לכתוב אם השטר מקויים מחיי האב כמ"ש גבי נמלאת שדה שאינה שלו שכתב ומיירי בשנתקבל העדות בחיי אביהם גם הר"ב הטורים ז"ל כתב כלשון אביו ולא משמיט לומר מקויים מחיי האב ולכן נ"ל דמ"ש הרא"ש ז"ל אם השטר מקויים לאו בחיי האב קאמר אלא אם השטר מקויים קודם שנתן היורש המתנה לקטן אפילו נתקיים אחרי מות האב ובזה דברי הרא"ש ז"ל בתשובה זו אין בהם נפתל ועקש והם מוסכמים עם ההלכה דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד ושמו שהשכים ז"ל בפסקיו וביאור דבריו כך הם הוא ז"ל נשאל אם יורש שנתן נכסי מורישו לקטן ויבא בע"ח על המוריש אי נחתינן לנכסי קטן בכה"ג או לא ובודאי דכונת השואל היה אפילו אין בו א' מג' דרכים כגון זה דאי כשיש בו א' מג' דרכים מאי קמיבעיא ליה הא ודאי פשיטא שיורדין לנכסיו וכדמסקינן במסכת ערכין אלא ודאי אפילו כשאין שם א' מג' דרכים קא מיבעיא ליה וכן נראה ברור התשובה הרא"ש ז"ל שכתב ולא דמי להא דאמרינן אין נזקקין לנכסי יתומים ואי נדון שלו הוא כשיש בו א' מג' דרכים מאי קשיא ליה התם כשאין בו א' מג' דרכים הוא וכל זה השיב הרא"ש ז"ל דאם השטר מקויים כלומר קודם שנתן היורש המתנה לקטן אפילו נתקיים אחרי מות המוריש יורדין לנכסיו כי כשנתנה לקטן כבר היתה משועבדת למלוה ואין מתנת היורש כלום דהוי כנמצאת שדה שאינה שלו ואפי' אין

בו אף מג' דרכים גובה כיון דאלו לא היה. נותנה לקטן היה גובה הב"ח מן היורש אבל אם אין השטר מקויים כלומר קודם שנתן המתנה לקטן את הקיום שאח"כ לא מהני דכיון דבשעה שנתן היורש המתנה לקטן לא היתה משועבדת לב"ח מחמת חובו כיון דלא היה מקויים ואיכא למיחש למזוייף נמצא שהקטן בא מכח היורש והרי המתנה בחזקתו וכיון שהמתנה בחזקתו אף אם יקיימו השטר לא מהני דנהי דהקיום מוציא אותנו מחשש זיוף מ"מ עדיין יש לחוש לפרעון כיון שאין בו אחד מג' דרכים דאין נזקקין לנכסי קטן וזהו שדקדק הרא"ש ז"ל וכתב וכן בנידון זה אם אין השטר מקויים אין מקיימין אותו אלא בפני בע"ד כלומר אף על גב דבעלמא מקיימין השטר שלא בפני בע"ד בנדון זה שיש חשש פרעון אין מקיימין אותו אלא בפני בע"ד דלמאי אהני הקיו' כיון דיש חשש פרעון והרב בעל הטורים ז"ל שכתב ואם אינו מקויים אין מורידין שאין מקיימין שלא בפני בע"ד ליתנא קיימא הזא וה"ק ואין מקיימין בנדון זה שלא בפני בע"ד כמ"ש בתשובת הרא"ש ז"ל וזה כ"ל כפתור ופרח ביישוב תשובת הרא"ש ז"ל עם מסקנת ההלכה ועם דבריו בפסקיו ועם התשובה הקודמת ועם שאר הפוסקים ועלינו לשבח לאדון הכל שהראשונים כמוהו עלה וילאו למצוא הפתח עד שקמתי תולעת ולא איש וירדתי לסוף דעת הרב ז"ל (הגה"ה אחר זמן רב שכתבתי זה נדפסו תשובות מורי הרב ז"ל מחלק ח"מ וראיתי בסי' ז' קרוב לזה יע"ש ע"כ ההגה"ה)

עוד כתב החכם השלם נר"ו ומ"ש הפוסק דאפשר לדוחה לדחות דיוקא בכ"ד דהלוה הלך למ"ה ואבד זכרו דנהא אפי' ר"ח ז"ל יודה דנפרעין שלא בפניו נראה שאפי' שאיני מסופק בזה כיון שיש חשש שובר אם הוא חי אפשר שיבא היום או למחר ויוציא שוברו ואם הוא מת אמאי יפסידו ליתמי ע"כ וכבר כתבתי לעיל טעם הדבר דאפילו לר"ח ז"ל לא חיישינן לשובר אלא כשהמלוה אינו מפסיד חובו אבל כשהמלו' מפסיד חובו כגון שמת הלוה או אבד זכרו ואינו עתיד לחזור למקומו אין חוששין לשובר ונפרעין שלא בפניו

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ושבח לאל דגם הרב הגדול הרא"ש ז"ל רצה לפסו' כדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל כפי עדות שמעיד הפוסק עליו ע"כ ולא ידעתי היכן ראה בדברי שאני אומר שהרא"ש ז"ל פוסק כהרי"ף והרמב"ם ז"ל ואדרבא מתוך דבריו יש להוכיח שדעתו לחוש לסברת ר"ח ודעתו להחזיק המוחזק שאלו מדכתב כלשון הזה שעל כאן לא נחלקו הראשונים במלוה שבא ליפרע שלא בפני הלוה אם נזקקין לו אם לאו אלא דוקא בלוה שהלך למ"ה והוא עתיד לחזור כאן דכה"ג סובר ר"ח ז"ל שאין נזקקין ליפרע שלא בפניו אבל כל כיוצא בזה שאבד זכרו וקרוב הדבר שלא ישוב עוד לביתו פשיטא ודאי דנפרעין שלא בפניו ע"כ הנה שדעת הרב ז"ל לייסב כרון שלו אפי' אליבא דר"ח משום דס"ל דאי לאו הכי היה יכול המוחזק לומר קים לי כר"ח וסיעתו ז"ל

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל גם במה שהסכים בהגהו כללי שכתב הרב ולא אמרי' קים לי שישו בני מעי ע"כ ואני אומר איבר'דבפסקי הראשון כתבתי שדע'הרא"ש ז"ל כדעת הרב ז"ל בב"י בהגהו כללי אמנם בפסקי השני הכרחתי מהרבה מתשובותיו שהולך בדרכי הקים לי והוי יודע דמלבד המקומות שזכרתי בפסקי השני מתשובות הרא"ש ז"ל שהולך בדרכי הקים לי עוד נתחדש לי עתה בסי' ג' וה' וי"ו וי"ט וכ"ט ומ"ד ומ"ז וק"ג וקי"ט ובסי' ק"ג כתב בפי' דכיון דאיכא תרי רבוותא דמסייעי למוחזק יכול לומר קים לי ובסי' קי"ט כתב כלשון הזה וכיון שהדבר מחלוקת בין הפוסקים יד המוחזק על העליונה כמו שהוסכם מהאחרונים בספק דיני ממונות

עוד כתב החכם השל' נר"ו וז"ל ומ"ש שדחה דברי הרא"ש ז"ל מפני שתקע עצמו לדבר הלכה לכלל הרב אומר דא"ו אין צריך לרב כמוהו לדחו' מפני זה אלא מפני שהלכה כנגד' כפירוש נגל דברינו והוא ג"כ סותר עצמו ומ"ה דחה סברת הרא"ש ז"ל ע"כ ומן הדומה שלא עיין בדברי הרא"ש שאלו היה רואה דברי הרא"ש ז"ל לא היה כותב זה שהרי הרא"ש ז"ל בסי' ט"ז הסכים דברי הרא"ש ז"ל אל ההלכה ודבריו זו עם זו וכבר כתבתי זה בפסקי הראשון והחכם השל' הטלים עיניו ממנו ועל דרך זה הולך מ"ש ותמהתי איך עלה על דעת אדם לומר קים לי כהרא"ש ז"ל באותה תשובה דכ"ע תמהו עליה ע"כ ומי זה אמר דאם התשובה כפשטה דיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ז"ל אך דברי שם באו בתכלית הביאור שכפי ישוב הרא"ש ז"ל בתשובה שמשכי' דברי הרא"ש ז"ל אל ההלכה ויוצא מדבריו דבהלך לוה למ"ה אין מקיימין השטר שלא בפניו יכול המוחזק לומר קים לי כאותה תשובה ובזה אין צורך להשיב במ"ש החכם השל' נר"ו ועוד שאיני מבין דבריו שכיון שמביא האי רב שמשכים לדברי הרא"ש ז"ל אל ההלכה מה שייך לומר קים לי כהרא"ש ז"ל דכבר נתבאר דכפי ישוב הרא"ש ז"ל יוצא דבלוה שהלך למ"ה אין מקיימין אלא בפניו ועל זה אמרתי שיכול המוחזק לו' קים לי כהרא"ש ז"ל כפי הפירוש אשר כתב הרא"ש ז"ל אלבד שבענין קיום שלא בפני קטן שייך לומר קים לי שכפי ישוב הרא"ש ז"ל בתשובה הנז' אע"פי שמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד בקטן אין מקיימין שלא בפניו והרמב"ם ז"ל בפי"ב מה"מ ובע"הת בשטר י"ד חולקין עליו כמו שכתב הרב ז"ל בב"י ומ"ש ועוד שהביא הוא עצמו למהריב"ל שאינו יכול לומר קים לי ע"כ לא ידענא מאי קאמר דמהריב"ל ז"ל כתב כן כפי הבנתו אבל כפי ישוב הרא"ש ז"ל יכול המוחזק לומר קים לי

עוד כתב החכם השלם נר"ו וגם יש לי תמיהה על דבריו דאיך כתב שהרשד"ם ומהר"ש יפה ז"ל יאמרו שדברי הרא"ש ז"ל בתשובה זו הלכה היא כדי לומר קים לי כהרא"ש ז"ל ומשמע דמבינים התשובה כפשטה וא"כ אי אפשר לרבני' כאלו שלא ראו הגמ' ע"כ ובזה אין להאשים להחכם השלם נר"ו דלפי ההראות יפה השיב אמנם אם היה רואה דברי מהר"ש יפה ז"ל בהגהותיו היה מוצא קורת רוח בקושי הזה והנה מהר"ש יפה בהגהותיו כתב כלשון הזה וגו' לי שהרא"ש ז"ל בתשובותיו תפס שטת רש"י ז"ל שמ"ש שמקיימין את השט' שלא בפני בע"ד אינו אלא דוקא שהעדים רוצים לילך למ"ה ובפסקיו תפס שטת התוס' דבכל גונא מקיימין ואין תימא שיסתור הרא"ש ז"ל דבריו מפסקיו לתשובותיו כמ"ש מהרי"ק ועם זה אתי שפי' דבריו מפסקיו לתשובותיו ודברי הר"י בן הרא"ש ז"ל ע"כ ומעתה אף שתשובת הרא"ש ז"ל כפשטא יכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ז"ל בתשובה זו ואינו כנגד ההלכה ואפשר שיהיה זה ג"כ דעת הרשד"ם ז"ל בתשובה הנז' שמוכח מדבריו שיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ז"ל בתשובה זו

עוד כתב החכם השלם נר"ו ומ"ש מאחר שלא נתפרש דעתו מאי היא ה"ל כנ' ספקות כו' והלא כפי מ"ש נתפרש דעתו ע"כ ולא אבין לו דכוונת דברי מבוארת ונגלה בעיני כל חכם לב דאם היה ברור לנו שהרא"ש ז"ל בתשובה הנז' כיון למה שפירש הרא"ש ז"ל ניחא אבל כיון שהדבר מסופק אם כיון לדברי הרא"ש או אם כיון למה שפי' אחד הגדולים בדבריו ולפי פירושם אפי' בלוה שהלך למ"ה מקיימין שלא בפניו ה"ל כנ' ספקות ואין לומר קי"ל

עוד כתב החכם השלם נר"ו ועל ענין שכתב על עיכוב הממון לדברים שאינן נראין אלא עיקר הדבר כו' והרי כתב רבי' ירוחם ז"ל הביאו הרב בב"י סימן ק"ה וז"ל הא' שהפקיד אצל שמעון ובא לוי לעכבו שלא להחזירו לראו' כו' יכול שמעון לעכבו ומשמע האי שכתב רבינו ירוחם אפי'

שיש נכסים לראובן מטלטלין ומטלטלי ועכ"ז עיכב אלו שביד שמעון ונפרע מהם אם יש לו שטר ע"כ ואני אומר שסתם זה לאו כמפרש דמי דרי"ו ז"ל סובר דאפי' שיש לו נכסים מטעות ומטלטלין עכ"ז נפרע מן הפקדון שהרי הוא ז"ל עשה שמוכו' לדינו מההיא דרבי נתן וההיא דרבי נתן לא איתאמרא אלא בדלית ללוה נכסי אחריני לאשתלומי מיניה וכמ"ש כל הפוסקים והוא מבואר בפרק שור שנגח ד' וה' אבל עיקרן של דברים כך הוא דלענין עיכוב מעכבין בין יש לו נכסים בין אין לו אבל לענין פרעון אם העיכוב הוא בנפקד יכולין ב"ד לכוף לנפקד שיפרע לב"ח ואם העיכוב הוא ביד הלוה של הלוה אין מוציאין מידו כל שנמצאו ללוה נכסים אחרים בני חורין וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף קכ"ב הביא קצת תשובה הרב ז"ל ב"י סימן פ"ו ורמזה בסימן ע"ג וז"ל ב"ד מתפיסין מעות שיש לשמעון ביד ראובן מפני חוב שנתחייב ללוי אע"פ שיש לו נכסים אחרים ואם המעות שביד ראובן פקדון יכולין לתפסם ולכוף שיפרעם דעיקר דין פרעון שחייב שמעון ללוי במעות כו' אבל אם המעות שביד ראובן הם מעות מלוה שהלוה שמעון לראובן אין מוציאין מיד ראובן לפרוע ללוי כל שנמצאו לשמעון נכסים אחרי' בני חורין דכל חוב הרי הוא כמשועבדין ואין גובין מן המשועבדי' במקום שיש בני חורין ע"כ

ויכא דינו של החכם השלם נר"ו אמת ויציב ולא מפני דקיוקו בדברי רבינו ירוחם ז"ל גם לא מפני דקיוקו בדברי הרב בעל הטורים ז"ל דאפשר לדחות דאמר נכסים דקאמר ר"ל קרקעות וא"כ במטלטלין שאני התם דכבר מסר והמלוה אמת ואם נאמר דיחזור הנפקד לקחת הפקדון והמלוה יגבה מהלוה אכוכי מטרחא למה לי אבל שלכתחלה יכופו ב"ד לנפקד לשלם למלוה אע"פ שיש נכסים ללוה אין נשמע בדבריו ז"ל אמנם מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' מתבאר ענין זה וכמ"ש

והנה אמת שהייתי יכול לפרש תשובת הרשב"א בענין שיסכים דאפי' לענין עיכוב אין מעכבים אם יש לו נכסים אחרים או לפחות אם יש לו נכסים אחרים מטלטלין הלא שנראה לי האמת כמ"ש ואף בפסקי הראשון לא החלטתי המאמר לומר שדין הפרעון כן דין העיכוב וכבר כתבתי שם דאפשר דיש לחלק בין עיכוב לפרעון זהו מה שראיתי להשיג על דברי החכם השלם מר קשישא נר"ו ואם כי אהבתו וכבודו חופף עלינו האמת יותר אהובה אצלנו והמעיין יבור אוכל מתוך פסולת הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן נט

מה שכתב החכם השלם סיני ועוקר הרים מר קשישא כמה"ר אברהם אליגרי נר"ו

בתשובת שאלה זאת ראיתי שערוריה ת"ח שאינ' נוחים זה לזה בהלכה ואני הצעיר לא מדעתי ורצוני באתי אל המערכה כי אם מאהבת השואל מריה דשמעתתא דיינא ונחית לעמקא דדינא החכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר חיים נר"ו ואף שהחכמים החולקים עליו לא ידעתי מי הם ואת שמם לא הגיד לי גם דבריהם בלשונם ובקומתם לא באו לפני מ"ת על מה שכמה"ר חיים כותב בשמם אשים דברתי תזל כטל אמרתי ראש דברי החכם החולק בכל הכתוב לחיים הוא שיש למלוה ליפרע מנכסי הלוה שלא בפניו מאחר שכל הפוסקים כך דעתם זולת ר"ח ע"כ וזה ודאי תימא כי לפנינו בעלי התוס' שהביאו דעת ר"ח לבדו בפרק הכותב והדרי כתרי' לת רוצי דכורי' דמשמע דכוותיה ס"ל והרא"ש בחלק ח"מ סימן מ"ג הביא עוד מבעה"ת תשובה לרבינו האיי גאון ז"ל כדעתו של ר"ח ז"ל וכמהר"ר חיים נר"ו כתב משם החולק דעת רבינו האיי גאון ז"ל שכתב בעה"ת שהוא כדעת ר"ח הגהות מיימוניות כתבו בהפך ע"כ ולא אבין לו שאם רצונו לומר דבעה"ת לא יאמנו דבריו כיון שההגהות כתבו להפך זה ודאי אין ידים לו ואין הרגלים לעמוד על ההגהות יותר מבעה"ת כמו שכתב כמה"ר חיים נר"ו ואם הכוונה שכיון שההגהות כתבו בהפך ויש מחלוקת בדעתו של רבינו האיי גאון ז"ל אין להביאו במנין עם שום א' מהכתות הא לאו מילתא היא כי הן לו יהיה שדעת רבינו האיי, שנוי במחלוקת אינו פוגע שלהזכירו ולחברו עם ר"ח כפי התשובה שהביא בעה"ת וכתבה בספרו וכן מצאנו בספרים שמונין לפי מהפוסקים עם בעלי סברא אחת כפי מה שפי' מפרש בדבריו אף שאחרים מפרשים בו בהפך ומהריב"ל ז"ל בתשובותיו ח"א סימן י"ג כתב בא לידי דבור של תוס' בפרק האומר בקידושין שהנה א' חולק כפי' על דברי האמורא ויש תנא א' שסוברים דבריו שני פירושים ומשמע מדבריהם שיכול האמורא לומר קים לי כהאי תנא כפי הפירוש שהוא מפרש

והנה ראיתי עוד כזה להחכם השלם דברים אחרים אמרתי אזכרה ואתבונן גם כי חביבים עלי דברי דודי וז"ל אמנם רוח אחרת אתי שט"ס נפל בדברי ההגהות כו' ויש לי קצת סעד מת"ם וכ"כ רבינו האיי ז"ל בשערים ומהמקובל אצלנו שבעל השערים הוא ר"י בר ראובן כו' ולכן נ"ל שט"ס נפל בדברי ההגהות וכ"ל וכ"כ ר"י בשערים שלו וכן הוא האמת שבדקתי בספר המקח לרבי' האיי ולא מצאתי מה שכתבו ההגהות בשמו ע"כ

ובמחילה ממעכ"ת עתה אומר שבוק מאמר החכמים והמשכילים יזהירו שלא להגיה ספרים מדעת הכרס כי הלא לאמונה זה שכתב כי רבינו האיי ז"ל לא יכונה בשם השערי' סתם אנכי לא ידעתי אנא מלא שכינוהו בשם בעל השערים לא אמרו אלא כ"כ ר' האיי ז"ל בשערים שלו ומה בין זה לאותו לשון שאנכהו שכתבו וכ"כ ר' האיי בספר המקח בשער פ' אם לא שאמרו כאן זכרון ספ' המקח וריבוס השער שאמרו בשערים ולא באיזה שער שזה ודאי קיצור ואינו מעלה ומוריד דמ"מ לא אמרו וכ"כ רבינו האיי ז"ל בעל השערים שזהו טענתו זאת ועוד מצאנו לבעל הסמ"ג בכיון זה דאין יורדין לנכסי לוה מזכיר לר"ח ואומר עליו הלשון הזה וכ"כ רבינו האיי ז"ל בשערים שלו ולא יתכן ליחס טעות א' בשני ספרים חלוקים ומה גם שדברי ההגהות עצמן העתק הן מהסמ"ג כי כן כתוב שם בהגהה ס"ה ר"ל ספר המצוות ופירושו זה הוא מספר המצות ואם יאמר אומר א"כ אין הטעות אלא בספר א' ומשם לקחוהו המעתיקים בטעות זה אמת אבל ספר המצוות אינו סובל טעות שכתוב בו וכ"כ רבינו האיי גאון ואין להחליף אותו ולהתיר אותו בר"יף בעל השערים כי הוא לא היה גאון ולא יכנוהו בספרים בשם גאון והמדפיסים שכנוהו כן טעו כי חשבו שהוא רב אלפס הידוע בעל ההלכות ואינו בראיות ברורות

ועוד אשוב אשאלה ממעכ"ת שעשה ביאור לסמ"ג היאך נסתרה דרכו שלפנין שכמה פעמים שנזכר בפיו ר' האיי ז"ל בשערים שלו כהן בסימן כ"ה גבי דברים העשוים להשאיל ולהשכיר אסור וכ"כ רבינו האיי ז"ל בשערים שלו ובסימן כ"ד אסר בו וכרו פעמא' אחר ר"ח בכתו' שזיל עוד שם פעם השני גבי אדרכתא ושכ"ם בפרק גט פשוט ורבינו האיי בשערים שלו וזאת היא בספר המקח שער כ"ו גם.

המרדכי ר״פ פרק הכותב אמר כתב רבי׳ האיי ז״ל בשערים וזו היא לו ג״כ בספר המקח שער ד׳ ובזה נעקרה מעיקרא טענת מעכ״ת הראשונה • גם השניה ממה שבדק בספר המקח ולא מצא בו מ״ש ההגהות בשמו לאו מילתא היא כי יש לו לרבינו האיי גאון עצמו ספר אחר במשפטי השבועות שגם הוא נחלק לשערים וגם כתב בשער י״ד • (הגה״ה ומודה ועוזב ירוחם כבר כתבתי בפסקי שם בהגה״ה שכשכתבתי זה לא נזכרתי מספר שערי השבועות לרבינו האיי גאון ז״ל ע״כ ההגה״ה) ולמ״ש החכם החולק דבע״הת כתב להפך בשם רבינו האיי ז״ל ראיתי מה שכתב החכם השלם כמ״ר נר״ו שאפשר לקיים שניהם ובבחרותו סבר הכי ובזקנותו חזר בו ואינו רחוק כי שניהם רפוני בע״הת ובעל ההגהות אינם מעידים שכמו שהם אומרים כן מצאו לו בספרו וא״כ הוא מחלוקת במציאות אינו אלא זה אומר משמו בספרו וזה אומר משמו בתשובה ולא זו בלבד שחזר מספרו אל התשובה דהרי בספר המקח שער ל״ה כתב בקרקעות שאפי׳ בכפלים אין להם אונאה ולא ביטול מקח ובקיצור זה הספר עצמו יש הגה״ה וז״ל ויש תשובה לרבינו האיי גאון ז״ל בעצמו שיש ביטול מקח בקרקעות כו׳ וגם הרי״ף ז״ל בפ״ק דמציעא כתב והאי מימרא דכתב רבינו האיי בספר המקח דלית הלכתא כותיה דרב כו׳ הדר ביה מינה בתשובה וקאמ׳ דהלכתא כרב כו׳ הארכתי מעט בזה אף שאין בו כ״כ מעומק המשא והמתן בדבר הלכה ומ״מ לא דבר רק הוא כי ממנו נקח שהדעת אשר נתקיים רבינו האיי גאון ז״ל הוא הכתוב בתשו׳ אשר היא אחרונה לספרו ובתר בתרא אזלינן

(הגה״ה איני רואה שום הכרח דהתשובות לא השיבן בזמן א׳ בדי שנאמר שתשובה דביטול מקח בקרקעות היא אחרונה אף תשובה דמלוה עם לוה שהלך למ״ה הוא ג״כ אחרונה לספרו דהתשובות יש מהן השיבן בבחרותו ויש מהם בזקנותו ומי יאמר לנו דתשובה זו של לוה שהלך למדינת הים השיבה בבחרותו קודם חיבורו ונמצא דהחבור הוא אחרו׳ וראוי לתפוס כמותו והרי״ף ז״ל שכתב על תשובה דביטול מקח בקרקעות שחזר בו מחיבורו לתשובה ידוע היה לו להרי״ף שהתשובה ההיא היא אחרונה מספרו ועוד אפי׳ נוכיח משם דהתשובות הם אחרונו׳ מהחיבו׳ אין הוכחה שאת שהתשובו׳ הם אחרונו׳ מחיבו׳ ספר מקח וממכר אבל שהם אחרונו׳ מחיבור משפטי השבועו׳ לא שמענו דשמא חיבור משפטי שבועו׳ הוא אחרון לתשובות ולזה י״ל דבשלמא אם נאמר שהתשובה היא אחרונה ובתשובה זו חזר מ״ש בחיבורו לא יקשה על הסמ״ג וההגהות שכתבו בשמו מה שכתב בחיבורו שהם ז״ל ראו מ״ש בחבור ולא ראו מ״ש בתשובה שהחבור נתפשט בעולם ואותה תשובה לא נתפשטה וכמ״ש הגאון מהר״י קולון ז״ל בשרש כ״ד וז״ל אבל מה שמצא כתוב בתשובת גאון אחד ולא עלה זכרונו על ספר ידוע אף אם ימצא פוסק אחרון שיפסוק הפך מהגאון הקודם לו איכא למימר דילמא לא שמיע ליה לאותו פוסק האחרון דבריו ואי הוה שמיע הוה הדר ביה ע״כ אבל אם נאמר שדברי רבינו האיי גאון בחיבורו הוא עיקר מפני שהחיבור היה אחרון קשה עלייהו דבעל העיטור ובע״הת למה תפסו עיקר דברי התשובה שהיא ראשונה ודחויה ולא תפסו עיקר בדברי החיבור שהוא עיקר ואחרון ולומר שלא ראו דבריו בחיבורו לא תהא כזאת שלא ראו דבריו בחיבורו המפורסם ע״כ ההגה״ה)

וכל זה ע״פי דרך החכמים הנז׳ דהוו תרתי מילי דרבינו האיי גאון ז״ל דפליגי אהדדי אבל אשר אני אחזה לי דלית בהו שום פלוגתא כלל כי מ״ש הגהות מיימוניות וכ״כ רבי׳ האיי גאון בשערים היינו דלענין דינא הלכתא כרבי׳ אמר רב נחמן למסתבר טעמיה שלא יהא אדם נוטל מעותיו של חבירו והולך לו אבל מ״ש בעל התרומות בשמו בתשו׳ הוא מה שכתב לענין מעשה כי כן ראוי לעשות מעשה כשאל ועליו השיב וכדרכו של הרשב״א ז״ל ואחרים כמוהו שאומרי׳ כמה פעמים זה להלכה אבל למעשה כו׳ כן הדבר הזה לר׳ האיי ז״ל ולשונו מוכיח שכתב מילתא דרבא אמר רב נחמן אינו מתקיים אלא בעמד בדין וברח כן הוא הלשון במקומו בס״הת ומאליו מתבאר שלדרכו שכתב בספרו כרבא ורב נחמן הוא הולך דאי לאו הכי למה מזכירם כאן אלא ודאי דעתו לומר אף שהלכה כן כרבא ורב נחמן מ״מ מילתייהו אינו מתקיים בעולם ואין עושין מעשה כן אלא דוקא כשעמד בדין וזהו שחזר וביאר הרבה באים לפנינו כו׳ לא ראינו ולא שמענו מי שעשה כו׳ דוק שלא כתב מי שיאמר כן אלא מי שיעשה מעשה והוא הדבר אשר דברתי וכזה בעצמו צריכין אנו לומר לספר העיטור שהרשד״ם ז״ל בסימן הנז׳ הכניסו במנין עם ר״ח ואמת הדבר שבאות ה׳ דיני חוב לא הזכיר כי אם ר״ח ורבינו האיי לבים ומשמע דאי לבתרייהו גריר וכוותייהו פסיק הלכתא אבל לעיל באות עין דיני ערב כת׳ קי״ל כרבא אמר רב נחמן כו׳ והביא דירושלמי ראיה הרי״ף כו׳ וזו סתירה בדבריו ולא שייך כאן חזרה וק״ל •

אבל ישוב דבר זה לדעתי הוא דבין לעיל בערב בין לקמיה גבי חוב מילתא חדא קאמר לענין דינא הכא דאמר קי״ל כרבא אמר רב נחמן והכא קאמר וכן הלכת׳ והכל שפה א׳ ודברים אחדים אלא שסיים התם כר״ח שאמר ומעשים בכל יום כלומר אע״ג דכן הלכתא כרבא אמר רב נחמן מ״מ הא קמן גברא רבה כר״ח ז״ל דקא מסהיד דמעשים בכל יום ושמא דמילתא מעשה רב והכי נקיטינן לענין מעשה וזהו שאמר שם הילכך להאי לישנא אינפרעין מן הערב שלא בפני הלוה דלישנא דהילכך משמע דמכוין להוציא תולדה זו לענין הלכה ואמר להאי סברא לרמוז דלא כסברא זו שכתבתי לעיל שנפרעין מן הערב כו׳ כנ״ל ומ״מ אף שנפרש שחזר בו דעתו שם מתקיים כדעת ר״ח ז״ל שהביאו באחרונה כעין מסקנא ועכ״פ זכינו לדין שר׳ האיי והעיטור שניהם בעלי ברית ר״ח ז״ל לפחות לענין מעשה •

ונבא להרמב״ן ז״ל שמנאו מהרש״ך עם ר״ח ז״ל וכמהר״ר חיים כתב גם שכנגדו החלוק עליו והרמב״ן ז״ל שפסק מהרש״ך ז״ל שהוא סובר כן הוא סובר בהפך שהרי ה״ה ז״ל פ״ך מה״ש הביאו ואמר שזה דעת המחבר וכי סותרין דברי הרמב״ם דידיה אדידיה מפ״ה בפי״ג בה״מ אלא שיש הפרש בין תקנת השוק ובשטר לדין נפל הבית והעליה ע״כ תמהתי ואמרתי תחכם יענה על׳ ריב על רב כתיב ויסתור את דבריו המפורשים בלשון ה״ה ז״ל שמשם לקחו וז״ל והקשה הרשב״א ז״ל למה לא יכוף בעל העליה לבע״ה לבנותו וכתב דבירושלמי העמידוה כשהלך לו בע״ה למ״ה ואין יורדין לנכסיו וכתב הרמב״ן ז״ל כן עכ״ל הא קמן בהדיא זכר הירושלמי ותולדתו שאין יורדין לנכסיו ואל זה ודאי חוזר מ״ש וכתב הרמב״ן ז״ל כי אין זולתו של מה לחזור וכמה רב גובריה דהאי גברא שרצה לראות זה המפורש בדברי ה״ה ז״ל מפני הסתום שכתב ונראה שזהו דעת המחבר קשר הכל בהבל ושיחה בשיחה גרועה ועשה מהמסוכך סכה שכיון שהמחבר לא יסתור את עצמו שאין יורדין לנכסים גם הרמב״ן ז״ל שיטת המחבר עליו הוכח לא יסבור כן וכל זה פלפול וחריפות בטל להכחיש המוחש ועדו׳ מפורש עליו שכ״כ

והאמת ברור דמ״ש ה״ה ז״ל וזה נראה דעת המחבר ז״ל

דלקמיה קאי וסכה למטה אל . שאם אפשר לכפותו כופין
כמ"ש החכם השלם ודבריו חיים וקיימי' אבל עדיין צריך אני
לתורעי כי דבר זה לכאורה לא אפשר שנתעלם מן העין לכל
עובר על פקודי ה' ז"ל כרגל יפרה ואמנם הרא"ך ז"ל גם
עליו יכול קושייתו שמאחר שהמחבר מ"ש בראש הפרק
מוכרח שזה דעתו שאם אפשר לכפותו כופין א"כ מ"ש אחר
כך הרי בעל העליה בונה צריך שיהיה כאי אפשר לכפותו
דאל"כ בעל העליה כופה את בע"ה מיבעי ליה כבתחילת
הפרק וזו סתירה למ"ש ב"הת והרא"ך כתב זה כן בפירוש
וז"ל כונתו דהרמב"ם כמ"ש ה"ה ז"ל דאם אפשר לכפותו
כופין אותו והיינו כשהוא בפנינו וזהו שכתב בתחלת הפרק
כופה את בע"ה לבנות ומ"ש למטה הוא כשא"א לכופו דהיינו
שאינו לפנינו ולפי זה אין מקום לתירוץ דברין דלא תיקשי
מיידיה אדידיה וכ"ע עכ"ל

ומ"ת בכל מה שהוא ז"ל החמיר בסתירה זו והניחה
בצ"ע אני תמה עליו ויותר על כל מי שקבל
הקושיא הזאת ולא שת לבו שה"ה ז"ל דביאר את עצמו יפה
וכיון להצילו להרמב"ם ז"ל מסתירה זו במ"ש ומשכתינו היא
בשא"א לכפותו או כשאין בעל העליה רוצה לכפותו ע"כ ועין
בעין יראה המעיין כי לפי מה שהתחיל שדעת המחבר ז"ל
אם אפשר לכפותו כופין כן הי"ל לסיים ומשנתנו היא בשא"א
לו לכפותו ולא יותר אבל הוא הרכבה לנתני' אתרי ריכשי
ומה הוצרך לכך אם לא שלבו ראה דמתני' שהיא עצמה לשון
של הרמב"ם ז"ל כאן אין מקום לאוקומה כא"א לכפותו שאין
יורדין לנכסיו מחמת מ"ש להכך בה"ה ולכך אמר דמשנתנו
לכרוין מתפרש בא"א לכפותו לדעת הירושלמי והרמב"ן ז"ל
ובאינו רוצה לכפותו לדעת הרמב"ם ז"ל וזהו פירוש הלשון
לפי ע"ד וברור הוא בעיני

כללן של דברים שמהרש"ם ומהרא"ך ז"ל וכמה"ר חיים
נר"ו שתפם דרכם ומחיתכהו בחדא מחתא לרבי'
האיי והעיטור והרמב"ן ז"ל עם ר"ח לזקן יחדיו וקושטא
הכי הוא · דלענין מעשה כולם מסכימים שלא להוציא ממון
מבעליו שלא בפניו וזהו נר' אשר בו בעלמו סמכו מהרא"ך
ומהרש"ם על הכך רבוותא ושהוא טועה למי שהורה אז
הככו ודא אקא ומלתא תמיה' טובא לכל מי שהחזיק אחריהם
בדרך הטועה אם ראו דבריהם ואם לא ראו דבריהם הנה
כמהר"ר חיים גילה את אזנם והיה להם לשוב ולהודות על
האמת שילא מפי זקנים ישנים

הנם הלום ראיתי לכמהר"ר חיים נר"ו הביא דברים
קלרים משם בעל ריבו וז"ל כתב עוד בעל הקונט' גם
שרים רבים ונכבדי' ומגדולי המורי' שמעתי אומרים כי רחקו
מנו ותורתו מאנו ללכת ע"כ· היה לנו זה כסות עינים
והתנכלו' כי שמע שמועה ושב לארצו דגל הקים לי למרחקים
הקים לי ועליהם הוא כושא את נכשו והכל הביא כי מה
זו מסיכה על שמועה רעועה יותר מעל ראיה גלויה בגדולי'
המפורסמים והמה חכמים מחוכמים רבים שתו מיתיהם
ורבוש יתנו ויט שכמם לקבל עליהם את עול מלכותם מאן
ספין ומאן רקיע בדור היתום הזה להרהר אחר דבריהם מפי
השמועה הטובה היא אם רעה ואני הלעיר את אגיד כי
הכלל הזה כל"מ לסמוך על המיעוט היה בעיני זר וק' מאד
ומימי עולם ושנים קדמוניות חברתי בו חבור נפרד ולרדתי
בו לדדים מפי סופרים ומפי ספרים ומ"ת אחר שהאיתנים
מוסדי ארץ מהריב"ל ומהרש"ם ז"ל עשו ממנו עיקר ובנרס
היה יקר לכל הבאים אחריהם והורגלו לדון על פיו כמו
שהעיד מהרש"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן קנ"ד וכן אה'מרגלא
בפומייהו דאינשי דיכול הנתבע לומר קים לי אפי' היכא
דהרבים חולקים עליו כו' א"כ כבר הוקבע עליהם חובה

ושב להם למנהג חשוב ע"פ בקיאים לא יזורו ממנו ככל הממון
אחר המנהגים ויותר בנדון הזה לכגינו שעיקרו הוא המנהג
כמ"ש רבינו האיי גאון ז"ל לא ראינו מקדמונינו ולא שמענו
מי שיעשה מעשה ולא מי שתבע מנכסי אדם רחוק ור"ח
ז"ל שבא אחריו כתב נ"כ משמי' לפנינו בכל יום ולא הורדנו
ב"ח בנכסי' לוה כו' ואע"ג דהרא"ש ז"ל מעיד על ההפך דכן
עתא דבר מיהו נקוט מיהא כיד שהמנהגים נהוגים כעים
ונדים ומשתנים כפי הזמנים ולא יהיה ביד איש בזמן הזה
כח להוציא ממון שלא בפני בעליו אם לא שיביא ראיה
ברורה לדבריו מהתפשטו' המנהג ובזמננו כמו בזמן הרא"ש ז"ל
ורם לאו כדי הוא רבינו חננאל ז"ל ורבים אשר אתו להסמך
עליהם ולומר קים לי כמו שינו בו הרבנים הנז' ולא היה
נודד כנף ופוצה פה ומצפצף עד היום הזה

כל זה אני אומר ע"פ הנחת החכמים שנתעלמו כרין זה
אם ידינוהו בכלל הקים לי או לא ידינוהו ברם אנא
חזינא דליתון צריכין ליה בהאי דוכתא כלל שלדעתי מבואר
הוא שלא נשתמשו בכלל זה ולא הוזקקו לו אלא היכא דאיכא
רובא ומיעוטא ואמרי דאפ"ה יכול הנתבע לומר קים לי
כמיעוטא והאן דפליג בכה"ג הוא דפליג וקאמר דלא מצי
למימר קים לי כמיעוטא להדי רובא אבל הבא לסמוך על
הרוב ואפי' על השוים במנין אינו צריך לכלל זה דהא ודאי
ספקא הוי וכלל גדול שהכל מודין בו דמספקא לא מפקינן
ממונא

ועתה אדבר אל כל חכמי לב ואוזן שומעת תוכחת חיים
היאך נמנו וגמרו להוריד לנכסים שלא בפני הלוה
כי בעלי סברא זו הם המיעוט הלא המה הרי"ף והרמב"ם
והרא"ש כי אם היו להרים זולתו לסמוך עליהם היה הרב
ז"ל בב"י אותם שיניפין להם ואני לא אביא בכלל החולקים
למהרי"ק ומהרש"ם ומהרא"ך ז"ל כמו שהביאם החכם השלם
כמהר"ר חיים נר"ו כי אלו אינם פוסקים הלכה מטעם דין
אלא מטעם דיכול לומר קים לי (הגה"ה אין נסתר זה שנגד
עיני ולא צרפתי למהרי"ק ומהרש"ם ומהרא"ך ז"ל עם דעת
ר"ח אלא כלפי מ"ש החכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף
אישקאפא נר"ו שלא נמצא מי שסובר דאין יורדין לנכסיו כי
אם ר"ח וע"ז כתבתי כי נמצאו אתו רבים ומניתי למהרש"ם
ומהרא"ך בכללם לומר דגם הם סוברי' דאין יורדין לנכסי'
הלוה שלא בפני הלוה דמה לי שיהיה מטעם מטעם קי"ל
מה לי שיהיה מלד הדין הלד השוה שבהם שדעת' ז"ל שאין
יורדין ע"כ ההגה"ה)

ומ"ת לא יבלר משותם על הדעת הזה וכול' גדולי עול'
הירושלמי ורבינו האיי ור"ח והעיטור והרמב"ן
ובעלי התוס' אף שנהשנם כולם כאחד ומי יוכל לומר שאין
הנתבע יכול להסמך עליהם שלא להוציא הממון (הגה"ה
אישתמטיתי' להחכם השל' נר"ו דעת הטור בסימן ק"ו שהוא
כדעת אבין הרא"ש ז"ל וכבר כתבתי במקום אחר שרוב גדולי
האחרוני' סוברי' דהרא"ש והרב בעל הטורי' ז"ל שני כחות
נינהו ואפי' תימא שהולך על פי סברת הרב ז"ל בב"י ח"מ
סימן ע"ג דהרא"ש ובעל הטורים כח אחד נינהו הנה הרמ"ה
ובע"הת והי"א שהובא בספר הטורים סימן הנז' הולכים על
דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שנפרעין מנכסי הלוה שלא
בפניו גם הרשב"א בתשובה סימן אלף ע"ד ואלף אחר פסק
כהרי"ף ז"ל וכתב שכן היה דן וכן נראה מדברי הריב"ש סימן
ש"נ ומדברי הריטב"א ז"ל שהבי' שם א"כ נתלא שבעי' הרי"ף
קיימי הרמב"ם והרא"ש ובנו הרב בעל הטורים והרשב"א
והרמ"ה ובע"ת וי"א שהביאו ובעה"ת ובעל הטורי' והריטב"א
והריב"ש וכן מוכח נ"כ מדברי רי"ן ז"ל נ"ו ח"א ותמהתי
קוהכם השלם איך אשתמיט להו כל רבוותא בהיותם שנים
בספר

בספר הטורים ובב"י סימן הנז' בסברת הרי"ף ז"ל ומ"ש כי
אם היו אחרים וזולתם היה הרב בב"י אותם מקיפין כו' אין
זה כדי להעלים עין מה שאנו רואין בעינינו ולא הוצרך הרב
ז"ל לומר ולפרט הכי תלתא רבוותא אלא מפני הכלל שהבי'
בהקדמתו דכל שג' אלו מסכימין לדעת אחד הכי נקיטינן
ע"כ ההגה"ה)

איברא דאיכא בהאי מילתא תיובתא מהרב הגדול ב"י דפסיק
הלכתא כהרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל ולא נשאר
עוד מקום לומר קים לי כר"ח דודאי לית לן למימר קים לי
אלא היכא דלא איפסיקא הלכתא לאידך והכא הא איפסיקא
הלכתא בהדייא דלא כר"ח וכמ"ש הרא"ח ז"ל סי' ק"ט וז"ל
נתקבל הרב ז"ל עלינו בתקומותינו לרב ללכת אחר הוראותיו
ע"כ ואע"ג דהך קבלה לא ברירא טובא וכבר ראיתי גדולים
חולקי' על הרב ז"ל בכללא דכייל בתחלת ספרו לפסק הלכתא
כהני תלתא כנגד אחרים מ"מ מי לנו גדול בדור הזה מהרב
המופלא הנז' שהעיר שנתקבל הרב ז"ל עלינו ויהיה זה סיוע
גדול אל החכמים המורים להוציא בנדון שלנו אף שהם לא
זכרוהו ולא עמדו בסודו ואף בכל זאת כ"ל שלא יצאו מידי
דפיים וגם לפי דרכם היתה האמת נעדרת בדינם משני טעמי'
גדולים א' מהם קדמני בו החכם השלם כמהר"ר חיים נר"ו
מלשונו של הרמב"ם ז"ל בה"ש היה לו מלוה ביד אחר אינו
יכול לכתוב הרשאה עליה ואפי' היה החוב בשטר כו' אבל
הגאונים תקנו שכותבין והגאונים בעצמם אמרו אם לא ירצה
הנתבע לדון עמו אין כופין כו' והדברים ק"ו אם כשהלוה
בפנינו יכול לדחותו כ"ש כשאין הלוה בפנינו דאיכ'פלוגתא
דרבוותא אם יורדין בנכסיו דודאי למורשה אין מורידין עכ"ל
ושפתים ישק משיב דברים נכוחים וזאת עמי היתה וכזה
הלשון כתבתיה דכיון דמדינא דגמ' אין כותבין הרשאה כמ"ש
הרמב"ם ז"ל וחדוש הוא שתקנו הגאונים אח"כ לכתוב אין לך
בו אלא חדושו והיכא דתקינו תקינו דהיינו הרשאה לנגד
הנתבע עצמו לא כנגד אחרים שממונו בידם וכ"ש לכופן
ומהר"ר חיים אני תמיה שכתב ואל תשיבני ממ"ש מהרש"ך
ז"ל כי בזמנינו זה כל הלווים נשתעבדו ופשט המנהג לידון עם
המורשה שאלו המלוה ע"כ

ואנכי לא ידעתי מה עשה לו הרב ומה הלאהו בזה שאמר
שנתפשט המנהג כי זה אמת הדבר כמ"ש הרב בעל
הטורי'שהוא אחרון כל זה מדינא אבל עכשיו נהגו לכתוב על
הכל כו' ואחריו קם כמוהו הרב ז"ל בב"י שכתב ג"כ ומיהו
עכשיו נהגו ובסמוך כתב וכן פשט המנהג מ"מ הם לא אמרו
זה אלא במורשה עם הלוה וכן הביא מהרש"ך ז"ל עצמו מ"ש
הרמב"ם ז"ל שאם לא ירצה הנתבע אין כופין על זה כתב
שנתפשט המנהג לדון כו' ואכן השתא עם פקידו של לוה
קיימינן שזה לא נמצא בספרים התפשטות מנהג לדון עמו
ואין לנו ללמוד דבר מדבר שאין לו עיקר כנמ' (הגה"ה
במחילה רבה ממעכ"ת לא הבין לא לדברי הרב בעל הטורים
ז"ל ולא דברי הרב ז"ל בב"י ולא דברי מהרש"ך ז"ל ולא דברי
שאין שום א' מהרבנים הנז' זולת מהרש"ך בח"ב סימן ק"פ
כתבו שנתפשט המנהג לדון עם המורש' אבל מ"ש הוא שנתפש'
המנהג לכתוב הרשאה אפי' על מלוה פה דמדינא דגמ' אין
כותבין הרשאה על מלוה ואם אירע שכתב ראובן הרשאה
על ב"א שמעון ממלוה ע"פ וכתן שמעון ע"פי ההרשאה
למורשה ראובן אינו נפטר מראובן דיכול ראובן לחזור
ולתבוע חובו משמעון מוליא ממנו ואינו נפטר ממה שנתן
למורשה על פי הרשאתו שיכול לומר כיון דמדינ' אין כותבין
הרשאה על מלוה ע"פ ההרשאה כמאן דליתי' כיון שאינו
בקנה ההלואה באותה ההרשאה והגאונים תקנו שאף במלוה
ע"פ כותבין הרשאה לענין שאם ירצה לדון בהרשאה זו וליתן

למורשה נפטר מהמלוה דלא גרע משליח שנעשה בעדים
אבל אם לא ירצה הנתבע לדון עמו אינו כופהו לדון עמו
ומ"ש הרב בעל הטורים ז"ל והרב בב"י דנהגו היינו לומר
שנהגו כתקנת הגאונים שעיקרא דדינא לכתוב הרשאה על
מלוה ע"פ דמדינא דגמ' אין כותבין ובכן לא נפטר הלוה
אבל אחר תקנת הגאונים כותבין ונפטר הלוה אם רצה לדון
אבל לעולם לכוף ללוה שידון עם המורשה לא כתבו ז"ל שנהגו
לכופו וכן בא הדבר מבואר מדברי הרב בעל הטורים שכתב
כל זה מדינא דגמ' אבל עכשיו נהגו לכתוב על הכל וכן כתב
הרמב"ם כו' הרי דלא כת' נהגו אלא לכתוב הרשאה לא לכוף
שכתב וכ"כ הרמב"ם והרמב"ם דעתו שכותבין הרשאה
על מלוה ע"פ אבל אין כופין אבל מהרש"ך ז"ל בח"ב מדבריו
נר' דס"ל דנתפש' המנהג לכוף את הלוה לדון עם המורש'שכ"כ
ואין צורך עוד בזה לאותו טעם שכתב כ"ת ממ"ש הרמב"ם
ז"ל שאם לא ירצה הנתבע לדון עם המורשה אין כופין ליתן
לו ולא ישבע עד שיבא בעל דינו כי בזמנינו זה כל הלווים
נשתעבדו ונתפשט המנהג לדון עם המורשה שאלו המלוה
ע"כ ודבריו הם מוכרחי' דר"ל דנתפש' המנהג לכוף לדון דאם
הכונה לומר דנתפשט המנהג לבא בהרשאה אבל לא לכוף
מה יושיעהו זה לנדון שלו כיון שאינו יכול לכופו למה הורידוהו
לנכסיו מאחר שהיה יכול הלוה לטעון שלא היה רוצה לדון
עם המורשה והיו דבריו נשמעים אצל הב"ד ועוד אם נהגו
לדון קאמר ולא לכוף מה צורך לומר דבזמנינו זה כל הלווים
נשתעבדו כו' היה לו לומר דאחר התקנ' נתפשט המנהג לכוף
אלא ודאי נתפשט המנהג לכוף ללוה לדון עמו קאמר וזה
ברור וכלפי מה שנשאתי ק"ו בעלמי בנדון זה אם כשהלוה
בפנינו אין כופין כ"ש כשאינו בפנינו כתבתי ואל תשיבני
ממ"ש מהרש"ך ז"ל דללוה עלמו כופין ובזה אזל ליה ק"ו כיון
דעם הלוה כופין ושמא תאמר אף דליכא ק"ו בנדון דידן אין
כופין דע"כ לא קאמר מהרש"ך ז"ל דנתפשט המנהג לכוף
אלא עם הלוה עלמו לא עם פקידו כמ"ש החכם השלם אלוף
התורה נר"ו הא נמי ברותא היא מדברי מהרש"ך ז"ל עלמו
שם דאם יש לחלק בין רוצה לדון עם הלוה לכשרוצה לדון
עם פקידו למה דחה מהרש"ך ז"ל טעם זה בנדון שלו כיון
שנדון שלו הוא במורשה המלוה עם פקידו של לוה דאפילו
תימא דבנדון מהרש"ך לא היו הנכסים ביד פקידו של לוה
אלא היו הנכסים ברשות הלוה אלא שלא היה הלוה שם דכל
שאין הלוה בפנינו ה"ל כבא לדון עם פקידו וזה ברור ועוד
אני תמיה מהחכ' השלם נר"ו דהן לו יהיה כדבריו דיש לחלק
בין מורשה שבא לדון עם הלוה עלמו למורשה שבא לדון עם
פקידו של לוה היאך יתרץ סתירת מהרש"ך ז"ל מתקנס דבסי'
הנז' מוכח דעם הלוה מיהא כופין ללוה לדון עמו ואלו בח"א
סי' פ"ו ור"א כתב בפשוט כדברי הרמב"ם ז"ל דיכול הלוה
לדחות את המורשה אלא ודאי עיקרן של דברים דלדעת
מהרש"ך אין לחלק בין מורשה עם הלוה עלמו למורשה עם
פקידו של לוה דאם עם הלוה עלמו יכולין לכוף לדון עמו ה"ה
לפקידו של ראובן אי לאו מטעמא שאין נפרעין שלא בפניו
אלא דבח"ב לאו לקושטא קאמר הכי אלא לאחויי מדחיי לחכם
המורה וכמ"ש בפסקי האחר ע"כ ההגה"ה)

הטעם השני כי גם הרי"ף וסיעתו ז"ל שאמרו ליפרע
שלא בפני לוה לא אמרו אלא לאחר שישבע המלוה
וזה פשוט בדבריהם שם וכבר דחה הטור ז"ל וכתב ולא
נהירא לי סברת י"א שנפרעין שלא בשבועה משום דחזקה
אין אדם פורע תוך זמנו ולא נעלם זה ודאי מעיני החכמים
החולקים כי על השאלה שלפניהם שכתוב בה שכבר נשבע
המורשה כתבו פסק דינם ומ"מ עינם הטעם להוריד בנכסי
לוה ע"ס אותה שבועה כי היא היתה בפני חכמי ברוסא

ז"ל שכמו שאם היה שום חיוב שבועה על המלוה ביד הלוה לכופו לישבע לו בעירו כמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ג מה"ש ראובן שבא בהרשאת שמעון ללוי ואמר לוי לא הד"מ אבל ישבע שמעון ויטול מוליאין הממון מיד לוי ויהא מונח בב"ד עד שיבא שמעון וישבע ויטול ע"כ וכתבו שם המפרשים שזה גלמד ממאי דאמרינן בהכותב תשבע במאתין אפשר דמכסי' ומודה ולוי אומר כן לפי שמשער בדעתו שלא יבא שמעון ממקומו ויבא כאן להשבע עכ"ל

ואם היה ביד התובע לישבע בעירו להפטר פשיטא שלא היה מקום לזה אלא ודאי שבועת המלוה בריכ' בעיר הלוה ובפניו וכן עתה שזה המלוה זקוק לשבועה משום שבא ליפרע שלא בפני הלוה יש לו להשב' בפני מי שנכנס במקומו ובעיני לא היה צריך זה לראי' כי סברא גדולה היא שתהיה השבועה בפני בע"ד לעת בואת ומ"מ אביא ראיה ממאי דגרסינן בפ' ג"פ ההוא דייגא דאתאי למלוה בנכסי הערב מקמי דליתבעי ללוה שלקיה רב חנן בר ייבא אמר רבא מאן חכים למעבד כי האי מילתא אלא רב חנן בר ייבא קסבר נכסי דבר איניש אינון ערבין ליה ותנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב וקי"ל לא יתבע מן הערב תחלה ופרש"י וה"ה לנכסי דאיניש ע"כ הא קתן דנכסי נמי ערבין איקרו ודינא דערב יהבינן להו להאי מילתא דאין נפרעין מהן תחלה ותינה גילף נמי לענין שבועה דכי היכי דצריך המלוה לישבע בפני הערב דעכשיו ודאי בעל דברים דידיה הוא כמו הלוה עצמו ה"ה נמי דהנכסי' דערבין ניגהו כדאמרן צריך לישבע בפני מי שישנן בידו והוא עתה הנתב' והדין הראוי בזה אף לפי דעת החכמים היה שיהיו מוליאין הנכסים מיד הפקיד ויניחו אותה בב"ד עד שיבא המרשה לישבע בעירו של הקיד (הג"הה מהרמ"ך ז"ל כח"ב סימן ק"פ הוכיח שאין לומר כן שאינו דין שגרר לנכסי הלוה שלא בפניו אפילו להניח החוב ביד ב"ד ע"כ ההג"ה)

צעירא דזעירי אברהם אליגרי

סימן ס

מה שכתב החכם השלם שניי כמה"ר משה בנבנשת נר"ו •

לדרישת

החכם השלם סיני ועוקר הרים דיינא ונחית לעמקה דדינא אחר בשרי נר"ו

הוזקקתי לחוות דעי בענין הדין הנז' אף כי לע"ד הדברים פשוטים אצלי ומה גם כי החכם השלם כר"ו האריך לתשניתו ולא הניח דבר קטון להתגדר בו על הכל השום דאין מערבין לגדול אשיגה נא שתי שורות דודאי כיון דאיכא כל הני רבוותא ר"ח ורבינו האיי והרמב"ן ובעל העיטור והתוס' דאית להו דאין נפרעין מנכסי לוה שלא בפניו אפי' בשבועה דמלוה •

ולע"ד מהר"ם ז"ל שהביא המרדכי ז"ל סוף פרק הכותב הוא מכללם שכתב על אותו מלמד שהיה בבית ראובן והלוה מעותיו לגוים על משכונו' בבית ראובן והפקיד קצת מהמשכונות ולא נתפשר עם הגוים והלך לו והניח קצת ממעותיו ביד שמעון ובע"ה טוען שיתן לו אותם המעות שרוצה להתפשר עם הגוים ופסק מהר"ם ז"ל דאין דין לראובן על שמעון כלום אך אם יש לו דין על המלמד ילך אחריו ויתבענו ע"כ הרי באותו כיון דמהר"ם ז"ל כיון דהפקיד מהמשכונות בבית רא' והיה יודע לו שהגוים יערערו תביעת המשכונות מראובן כיון שע"י ובביתו נתמשכנו כמו שנראה שם באותו כרון וא"כ כיון שבעבורו היה מגיע לו הזק מלד ערעו' המשכונו' הרי זה כמי שהלו' ממנו א"כ לא היה לו לילך משם עד יראה איך יפול דבר ואיך יתפשר עם הגוים וא"כ כיון שהלך לו קודם לכן הרי זה כההיא דאמר רב נחמן שלא יהיה כל אחד נוטל ממון חבירו והולך לו כו' ואפ"ה פוסק

שם הרב ז"ל דלא יטול מהמעות שביד שמעון כו' משמע מינה דגם מהר"ם ז"ל הסברת ר"ח ז"ל ולפיעתיה אזיל דאין לומר דשאני התם דהע"ג דאית ליה תביעה עם המלמד ולא המתין והלך לו מ"מ כיון שמה שיתחייב לבע"ה לא הוי תכר הלואה שהלוה לו א"כ לא שייך טעמא דיהיב רב נחמן דאתה נוטל דלת בפני לווין דהא ליתא דאם איתא דבעלמא בהלך לו ס"ל דנפרעין שלא בפניו אף שיהיה מטעם נעילת דלת לא ה"ל לפלוגי בין חוב לחוב דחכמים לא נתנו דבריהם לשיעורים וכן תמצא הדבר מפורש בנ"י בפרק הבי' והעליה עלה דמתני' הבית ועליה שנפלו אמר הבע"ה לבנות והוא אינו רוצה ומדברין שבשם נראה להדיא דמאן דאית ליה דנפרעין מנכסי ב"ה מתקנת נעילת דלת ס"ל הכי אפי' בב"ח דלא שייך נעילת דלת דהא גבי בעל הבית שהלך כתב בשם הרשב"א ז"ל דאם איתא דכיפנו כופין אפי' כשאינו שהלך לו כופין לדידן דקי"ל דנפרעין שלא בפניו והתם גבי בע"ה לא שייך נעילת דלת אלא ודאי דאית ליה למהר"ם ז"ל בשלמ' בכל ב"ח שאין נפרעין שלא בפניו וה"נ משמע משוף דברי המרדכי שהביא בשם רב אלפס דאי לא אפשר להודיעו ללוה דנפרעין שלא בפניו ומשמע שם למי שיעמוד בכונת דברין על בוריין דהביא סברא זו להרי"ף ז"ל לומר דכלינו אמאי דהביא משם מהר"ם ז"ל

סוף דבר דעתי הקלושה נוטה שמהר"ם ז"ל מסברת ר"ח דאין נפרעין מנכסי לוה שלא בפניו (הג"הה במחילה מכ"ת אין הדברים כן ואדרבא תשובת מהר"ם הנז' היא ע"פ דעת הרי"ף ז"ל שכ"כ הרב ז"ל שם כ"ל דאין לראובן על שמעון כלום אך אם יש לו דין על המלמד ילך. אחריו לדין כראיתא שלהי הכותב ההוא דייגא דאתיה למלוה לנכסי דלוה מקמי דנתבעיה כו' ואי לא אפשר לשורי להודועי עביינן כרב נחמן דאמר אפי' ב"ח נפרע שלא בפניו ע"כ הדברים מראים בפירוש שסובר מהר"ם ז"ל כדעת הרי"ף ז"ל דכיאפשר לאודועי מודעינן ובדאי אפשר למודעי עבדינן כרב ובתחלה קא עסיק כדאפשר לאודועי שכן כתב אם יש לו דין על המלמד ילך אחריו ויתבענו ואי לא אפשר לשורי היאך ילך אחריו ואחר כך כתב ואי לא אפשר לשורי ליה עבדינן כרב נחמן

וכן נראה מהרא' שהביא מההיא דייגא דאתיה למלוה לנכסי דלוה מקמי דליתבעי לערב כו' דנראה דלא חייב מהר"מ לראובן כלום על שמעון אלא מפני שיש לו תחלה לתבוע מהמלמד עצמו שהוא הלוה ולא משמעון שהוא כמו ערב אבל כל דאפשר לו לשורי ולאודעי דהשתא לא שייך לומר דאתיה למלוה בנכסי ערב קודם דליתבעי ללוה שאין הלוה כאן ואי אפשר לשורי וכן משמע לי מדברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סוף סימן כ"ו שהעתיק שם תשובה

וראיתי בהגהות מרדכי סוף בתרא הביא תשו' זו בשנגון אחר וז"ל ושאלת על המלמד שהלוה בבית בע"ה על המשכונות והפקיד משם ולא פישר עם הגויים והלך לו והניח קצת מעותיו בבית בע"ה וטוען בע"ה אני צריך לפייס הגוי' ממעותי' שבידי כ"ל דאין בע"ה יכול לעכב עליו ואם יש לו עליו ילך ויתבענו ומסקינן מעותיו מבע"ה כדאמרי' בפ' גט פשוט ההוא דייגא דאתיה למלוה בנכסי דמלוה מקמי דליתבעי לדיגא שלקיה רב ענן קסבר נכסים דאיגון אינון ערבין כו' ותנן לא יפרע מן הערב תחלה וכו' ע"כ • מתשו' זו דהמלמד הניח נכסין ביד בע"ה עצמו ורוצה לפייס הגוים ממעותיו שבידו והמלמד אינו אבל איני הולכה דהמה שאמר אני צריך לפייס ממעותיך שבידי נראה דהבע"ה טוען כן למלמד ולפי זה המלמד ובע"ה הם במקום א' וא"כ מאי האי דקאמר א"כ ואם יש לו עליו ילך ויתבענו הרי הוא כאן עם הבע"ה ולהיכן ילך ואולי

ואולי מ"ש ואם יש לו עליו ילך ר"ל ואם יש למלמד על הבע"ה ילך ויתבענו ומפקינן מעותיו מבע"ה אלא שאין לשון דאם יש לו ילך ויתבענו אתי שפיר לפי זה דמאי ואם יש לו עליו דקאמר דמשמע דאפשר לספק דאין לו עליו והא לעיל קאמר והניח מעותיו ביד בע"ה גם מ"ש כדאמרינן בפרק נ"פ ההוא דיינא דאחתיה למלוה בנכסי דלוה מקמי דליתבעי בדינא ליתא כי האי מימרא בפרק גט פשוט וכבר' שנפל ט"ס בתשו' זו

וראיתי להרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ע"ב מחודשין ל"ז הביא תשובה זו בסגנון הזה כתוב בהגהות מרדכי סוף בתרא מלמד שהלוה בבית בע"ה על משכונות והפסיד מהם ולא פשר עם העכו"ם וקבל מעותיו ביד בע"ה ורוצה לעכבם מפני שהוא צריך לפיים העכו"ם ממעותיו שבידו נ"ל דאין בע"ה יכול לעכבם ע"כ דבריו ברור מללו דמ"ל דהתשו' שהביא המרדכי בפרק הכותב מיירי שרוצה להוציא מיד הנפקד לפרוע בעדו ולזה כתבה בסי' פ"ו שאם מדבר בדינא דרבי נתן דמגביאין מזה ונותנין לזה אבל תשובת המרדכי דסוף בתרא מיירי דהבע"ה רוצה להחזיק במה שבידו בתורת משכון ולכך כתבה בסימן ע"ב דקא עסיק בדיני מלוה על המשכון ולדעתו ז"ל אינו יכול להחזיק אפי' במה שבידו עד שיתבענו לדין והביא תשובה דשייכי לספר נזיקין סימן ז' שהביאה הרב ז"ל בסוף סימן ק"ה וז"ל מומר שחייב לישראל ויש לו פקדון ביד ישראל אחר וזה רוצה לגבות חובו מהנפקד והלה אינו רוצה לגבותו מפני שמתיירא מן המומר שהדין עם הנפקד ע"כ אתיא כההיא דמרדכי פרק הכותב •

מעתה היא דהגהו' מרדכי דסוף בתרא צריך להגיהה כך לדעת הרב ז"ל וטוען בה"ב שצריך לפיים הגוי ממעות שבידו נ"ל דאין בע"ה יכול לעכבם ואם יש לו עליו ויתבענו ומפקינן מעותיו מבע"ה כדאמרינן בפרק נ"פ ההוא דיינא דאחתיה למלוה בנכסי דערב קודם שיתבענו ללוה כו' איברא דמראיה זאת מוכח דבע"ה בא להוציא מעו' המופקדין שביד אחר וכההיא שהביא המרדכי בפרק הכותב נדון מינה דאם היה מפקיד המעות ביד בע"ה שיכול לעכבם כדי לפיים הגוים בשבילו וכן מוכח מדברי ת"ה סימן ש"ה דבין תשו' דמרדכי פ' הכותב בין תשובת הגהות מרדכי דסוף בתרא מדברי' בשרוצה בע"ה להוציא המעות מיד הנפקד ולפי דבריו צריך להגיה והניח קצת מעותיו שביד שמעון וטוען בע"ה אני צריך לפיים לגוים ממעות שבידך כו' ואם יש לו עליו ילך ויתבענו ולא מפקינן ממונא מבע"ה ע"כ ההגה"ה אך בין הכי ובין הכי כיון דאיכא בפשיטות עם ר"ח כמה מרבוותא מאן ספין ומאן רקיע להוציא מהמוחזק נגד סברתם ומה גם אחר שבנדון זה בעלמו עמדו עליו ראשי סנהדראות רבנן קשישי מהרשד"ם ז"ל בסימן מ"ג ומהרש"ך ז"ל בח"ב סימן ק"פ וכתבו בפשיטות שלא להוציא מיד הלוה מפני שיכול לומר קים לי כר"ח ומאן דעימי' מאן רב גובריה בדור הזה להרהר אחר מדותהם

איברא שמעכ"ת הביא למהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל מכלל סוברים סברת ר"ח והא ודאי ליתא דהם אינם מכלל סברתו אלא מפני שהלוה מוחזק ומטעם קי"ל אתי עלה ונ"מ דאי תפיס מלוה יאמר קים לי לאידך גיסא (הגה"ה כבר כתבתי בהגהתי על תשובת החכם השלם מר קשישא במה"ר אברהם אליגרי נר"ו דלא כתבתי כן אלא כלפי מ"ש החכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף אישקאפה דאין מי שיעמוד בסברת הר' ר"ח ז"ל כי אם הוא זולתי ועל זה כתבתי שיש עומדים בסברתו רבים ומניתי למהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל שמהם אע"פ שהם סוברים כן מטעם הקים לי הא מיהא

ס"ל דאין ליפרע מנכסי הלוה שלא בפניו יהיה מאיזה טעם שיהיה ע"כ ההגה"ה)

איברא דאי הרשד"ם אינו מסברת ר"ח ז"ל אלא מטע' קים לי הוא יאתי עלה וכמ"ש נראה שאותר לכלל דכייל לן איהו גופיה בתשובה ח"ה סימן קכ"ז וז"ל נראה לע"ד דלפע"ג דבעלמא אמרינן דיכול המוחזק לומר קים לי כפ' והכי נקטינן ליתתי מ"מ איכא לחלק דבעלמא כשהנתבע יכול לטעון טענה זו ויזכה בה לעולם ולא יוציא מהנו ממון לעולם שיוא אבל בטענה שמא לכשיגדילו היתומים ימצאו טענה לבטל הלואה ויאי דהוי חששא רחוקה ואין לומר קי' לי כפלוני עכ"ל א"כ כפי דבריו אלו איך כ' בסי' מ"ג דלא יורידו למלוה בשטר לנכסי לוה שלא בפניו מטע' קים לי כר"ח והרי שם נמי אינו זוכה באותו הקים לי לעולם אלא עד שיוליא המלוה שטרו בפני הלוה וחששא שמא פרע לו או שמא יש לו שובר היא חששא רחוקה כמי ועל הכל אתי עלה מטע' קי"ל נגד מ"ש בסימן קכ"ז (הגה"ה שניא דא מן דא לא כתב הרשד"ם ז"ל דלא טענינן קי"ל אלא בטענה שזוכה בה מעולם אלא דוקא בכ"ד וכיוצא בו דהשתא היכא ליכא שום טענה ביד היתום אלא שמא לכשיגדיל ימצא טענה לבטל הלואה בהא כתב דאין טוענין קים לי כיון דאינו זוכה בממון לעול' והטענה ליתא בעולם אבל בנדון זה דלוה שהלך למ"ה חייבי' לטענה דאם איתא להאי טענה ישנה בעולם שמא יש בידו של לוה שובר או ראיה ואינה טענה רחוקה דכמה פעמים מזדמן לפרעו במקום שאין השטר בידו ומעיד עליו עדים וכותב עלו שובר באופן דאם איתא לחששא זו מהשתא זוכה בדין וכבר החששא היא גלויה אבל בנדון הרשד"ם ז"ל הטענה אינה גלויה אלא שמא לכשיגדיל ימצא טענה והא לא חיישינן במקום שאין זוכה בטענה זו מעולם ועוד דבנדון הרשד"ם ז"ל היא טענה לבטל עיקר הדין לבטל הלואה שכבר שלא לוה בעולם אבל בנדון זה הטענה אינה עוקרת עיקר הדין דשטר מלוה אמת הוא אלא חיישינן שמא פרעו כמבואר שבנדון הרשד"ם ז"ל החששא היא לבטל שטר המלוה מעיקרו שמעולם לא היה כאן לואה אבל בנדון זה החששא אינ' לבטל השטר מעיקרא דאין כאן הלואה אלא דאמת הוא דיש כאן הלואה וכבר פרעו וכבר כתבתי בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות כ"ג דהעיקר כמהריב"ל ז"ל שחולק על מהרשד"ם ז"ל בזה ע"כ ההגה"ה)

ואגב אורחין ראיתי לדקדק בסימן מ"ג בדברי מהרשד"ם ז"ל דכפי הנראה מהשאלה המוצגת לפניו בנ"ד אותו הלוה לא הלך לו למקום אחר אלא עמד שם במקום הלואתו וכיון שכן כ"ע מודו דאין נפרעין שלא בפניו דלא שייכא שם תקנה שלא יהיה נועל שמון חבירו וכדכתב הריב"ש ז"ל בסי' שנ"ג וא"כ צריך לדעת למה הרשד"ם ז"ל לא אתי עלה מהך טעמא דהוי מילתא פסיקתא אם לא שנאמר שמהרשד"ם ז"ל הוא מסברת הרב ז"ל בב"י סימן ק"ז דאית ליה דחלוקים שאר רבוותא עלה דההיא דהריב"ש ז"ל וזה דבר זר הוא וכמ"ש מהרש"ך ז"ל סימן ק"פ (הגה"ה וכ"כ מהרש"ך ז"ל ס"ג סימן מ"ט ומהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן רכ"ט ואין דוחק שמהרשד"ם יסבור כהרב ב"י מאחר שכבר ראה ספר ב"י ולא חלק עליו ומה גם שהרשב"א ז"ל בתשובה ח"א סימן אלף ע"ר נראה שסובר שאין לחלק בכך וז"ל הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' על מי שדר במדינה אחת ויש לו נכסים באותה מדינה ויש לו ב"ח במדינה אחרת מהו לגבות מהנכסים שיש לו במקום שאם הב"ח ונראה שגם דין הגמרא מסכים בכך ששנינו בפרק הכותב והנפרע שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה ואמרינן בגמרא אמר רבא אמר רב נחמן

נחמן ואפי' ב"ח כדי שלא יהא כל א' נוטל מעותיו של חבירו והולך לו למ"ה ע"כ

ולכאורה נראה שדברי הרשב"א הם בין אם נעשי' ההלוא' במקום שגם הב"ח בין שהיתה ההלואה במקו' שהלוה שם מדלא חילק ועוד מדכתב מנהגינו לגבו' מהנכסים שיש לו במקום שגם על ב"ח כו' ולא כתב מנהגינו לגבות מהנכסים שנעשו החובות וכן נראה מדברי רבינו המחבר ז"ל ב"י שבסימן ק"ו כתב שאין נראה כן מדברי הפוסקים כהריב"ש ז"ל ואלו בסימן ק"ב מהודעין ג' העתיק תשובת הרשב"א ז"ל בסתם אבל מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' רכ"ט כתב על דברי הריב"ש וז"ל הרשב"א ז"ל בתשובה סימן אלף ע"ד דעתו שתשובת הרשב"א מיירי בשנעשית ההלואה במקום שהב"ח שם ואי מיירי שנעשית ההלואה במקום שהלוה שם היאך מביא ראיה מפרק הכותב דהתם ליכא ראיה אלא כשהלוה הלך למ"ה אלא ודאי דמיירי שנעשי' ההלואה במקום שהב"ח שם

ועדיין איני מבין היאך מביא מהר"מ מטראני ראיה לדינו של הריב"ש ז"ל דכוון של הרשב"א ז"ל אינו אלא כדון הגמרא ובהא כ"ע מודו אבל כשההלואה נעשית במקום הלוה ויש לו נכסים במקום שהמלוה שם לא נתבאר מדברי הרשב"א ז"ל מה דינו אם צריך המלוה ללכת למקום הלוה כדברי הריב"ש ז"ל או אם נפרע בעירו כדברי שאר הפוסקים וזה הוא אפי' אם נאמר שבדון הרשב"א ז"ל הוא בשהלוה לוה במקום שהב"ח שם ואח"כ חזר לעירו ואם נאמר דהלוה לא הלך למקום המלוה אלא שע"י כתב או שליח הלוה לו המלוה במקומו יש להוכיח מדבריו שלא כדברי הריב"ש ז"ל שהרי אע"פ שאינו כדון הגמרא ממש ולא שייך לומ' שיהא כל א' נוטל ממונו של חבירו והולך לו למ"ה דן הרשב"א ז"ל שיפרע המלוה במקום שהוא שם וה"ה כשנעשית ההלואה במקום שהלוה שם ואפשר ג"כ שכנדון הרשד"ם ז"ל סימן מ"ג אע"פ שראובן תושב קושטא היה לו שטר על שמעון שהוא משאלוניקי ויודע להרשד"ם ז"ל שההלואה נעשית בקושטא ותמה אני מהחכם השלם נר"ו שכתב וא"כ צריך לדעת למה הרשד"ם ז"ל לא אתי עלה מהך טעמא דהוי מילת' פשיקתא ע"כ דאפי' יהיה דעתו דלא כהרב ב"י אלא כדעת מהר"ם מטראני ומהרש"ך ז"ל איך הוי מילתא פשיקתא כיון דגם בזה איכא פלוגתא בין הרב ז"ל ב"י עם מהר"ם מטראני ז"ל ומהרש"ד ז"ל ע"כ ההגה"ה)

ואף אמנם ראה ראיתי בדברי מהרשד"ם ז"ל סי' הנזכר שרצה ליישב דברי מהרי"ק ז"ל בשרש ק"ט לסבר' ר"ח ולע"ד לא מכרעא מלתיה אם הוא מסברת רבינו חננאל ז"ל או מסברת הרי"ף ז"ל כמו שראה המדקדק הדק היטב בשרש הנז' (הגה"ה כבר כתבתי בהגהתי על פסק החכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו שהאמת אתו שאין מדברי הגאון מהר"י קולון ז"ל ראיה לשו"א מן הצדדין ואולי יש להליץ על מהרשד"ם ז"ל שנפטט כן כדעתו של מהר"י קולון ז"ל מפני שהזכיר סברת ר"ח בראשונה ואח"כ כתב דבהא כל הפוסקים מודו אפי' הרי"ף ז"ל כו' דמשמע דתופס עיקר סברת ר"ח אלא שרצה ליישב כדון שלו אפי' לסברת הרי"ף ז"ל ושיטתו דאם הוא ז"ל סובר דהלכה כהרי"ף ושיטתו ז"ל ה"ל לומר ועוד שהרי גדולה מזו כתבו הרי"ף ושיטתו דצריך שיהיה השטר מקויים וכ"ש לר"ח ז"ל דס"ל דאפי' בשטר מקויים אין נפרעין אלא בפניו ע"כ מדלא קאמר הכי אלא שתפס סברת ר"ח ז"ל בראשונה ובאחרונה דעת הרי"ף מוכח דס"ל דדעת ר"ח ז"ל עיקר ע"כ ההגה"ה

אך שיהיה נחזור לכ"ד להרי"ם ז"ל להרשד"ם ומהרש"ח ז"ל בפירוש דאין מורידין בנכסי לוה שלא בפניו מטעם

דקים לי ואח"כ בנ"ד הכי דיינינן ליה דהיא היא ואף אם בתוך הזמן הלך לו הלוה למ"ה אין בכך כלום דלית דחש להיא סברא ומחו לה מחא עכלי כעוכלא כמ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו ואף שבנ"ד נשבע הלוה לפרוע לזמן קצוב כיונתם כיון דסברת ר"ח ומאן דעמיה הוא משום דחייבינן לפרעון ולשובר הוי קים לי בהילכתא דממונא ולא במילתא דאיסורא וזה ברור ואדרבא במקום שבועה דלוה היה אפשר לומר דאף הרי"ף ז"ל יודה דאין נפרעין שלא בפניו דרגלים לדבר שפרע ועשה שובר שלא לעבור על השבועה אלא שאין זה הכרע גמור דלהרי"ף ז"ל ל"ש ליה בין נשבע לוה ללא נשבע לוה דבכולהו נפרעין שלא בפניהם אך לר"ח ז"ל פשיטא דשבוע' הלוה מוסיף את כחה להשבא דפרעון ושובר וכל שכן הוא ולא הוי קים לי במילתא דאיסורא כיון דמשום חשש פרעון אתינן עלה וכדכתבינן אי חייבינן לפרעון מנה אין כאן שבוע' אין כאן וביתר הדברים שהאריך כ"ת על דברי החכם השלם כמה"ר אהרן לפפא נר"ו לא ראיתי להאריך בהם לפי שדברי כ"ת בנויים על דברי קונטרים אחר שקונו לא זכיתי עדיין לראותו אך כפי דברי קונט' זה שראיתי נר' שגם שדבריו אין להם על מה שיסמוכו רוע התרועעה יסודם ונכרע במה שהבין מתוך דברי מרן זקני ז"ל בסי' ע"ו שכל שטר שחתום עליו הלוה והעד עדים דאית ליה דמקיימין אותו אפי' לדעת הרא"ש ז"ל שלא בפני בע"ד ואפי' לאחר זמנו נפרעין ממנו הא בודאי היא כמחילה הכנודו והגב שטפיה לא דק דאין דברי מרן אמורים אלא בשטר דכתוק זמנו וזה הוא הפשט אין לורך העמק עיון כו

ובמ"ש כ"ת דבנ"ד יש כתבים ביד המלוה זה ששה חדשים שהגיעו לידו שמתוכם נראה שעדיין לא יצא הלוה י"ח וכפי הנראה אך טעמא כמיך ההכם הא' הדיין המלווין עליו ורב כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו ישמח לבי ותעלוזנה כליותי אם הייתי רואה דברי החכם השלם הנז' בקומתן ובכוונן כפי מה שראיתי תמיד בדבריו היותם בנויות על קו העומק אך לנת כותא שאין דבריו אצלי ומהמובן מכ"ת דאהך טעמא לאוד כמיך אמינא נגרא רבה אזינא טעמא תריצא לא נזיכא דלא יהא אותו הכתב חמור משטר החוב בעצמו ומה גם שכבר עבר זמן רב מהכתב להורדתו בנכסים וכי היכי דחייבינן בשטר לפרעון הכי נמי חייבינן שאחר הכתב פרע ונטל שובר וכמו שיפה כתב כ"ת

ומה גם היות בנ"ד ההורדה בנכסים ע"י המורשה ולא ע"י המלו' בעצמו וכמו שכתב כ"ת והוא לקוח מיסודו של אותו חכם המורה שהביא מהרש"ך ז"ל בח"ב סימן ק"פ איברא דלדי לע"ד סבור אני דאין דברי הרמב"ם אלו אמורי' שביד בעל הריב תלוי שלא לדון עם המורשה אלא כשהתבע לפניו אבל בנפרעין שלא בפניו אדרבא עדיף להא מילתא המורשה שנפרעין ע"י מורשה אפי' למאן דסבר דיכול לדחות את המורשה בנפרעין שלא בפניו לא אמרינן הכי ואדרבא אז המורשה תוקיף את כחו ומה גם אם נשתעבד בשטר ההלוא' לפרוע למורשה והיה המקום אתי להאריך בפרט הזה אך לבעי' משנה שאינה צריכה לנ"ד כי כבר יש בנ"ד טעם מספיק שלא נוריד בנכסים שלא בפני הלוה מטעם קים לי כר"ח ומאן דעמיה כמאי דכתיבנא וזה הוא טעם מספיק מבלי עלמו מבלי שיתוף טעם הדבר היות ע"י מורשה אמרתי שלא להוזי' בענין המורשה כי לדידי אינו מזיק בנ"ד אך אמרתי לבטל דעתי מפני דעת אותו החכם שהביא מהרש"ך ודעת מהרש"ך ז"ל ג"כ נראה שמסכים לדעתו מדלא דחה דבריו בנ"ד ואין מפני שבזמנינו זה נשתעבדו כל הלווין לפרוע למורשה וגם כ"ת כך מסכים דאף בנפרעין שלא בפניו אית לן לפלוגי בין היכא שנפרע המלוה בעצמו לנפרע ע"י מורשה אם כן

מאחר

מאחר שהסכמתם על ככה בטלה דעתי אצלכם אך בנ"ר אין אנו צריכין לכל זה דכבר כתבינן דמאחר דאיכא להקת הרבנים אבות העול' דסברי דאין להוריד בכאז' אלא בפני לוה והאחרוני' מהרש"ם ומהרש"ך ז"ל חששו לדבריהם לבלתי הוציא מיד המוחזק מאן שפין ומאן רקיע להוציא הנכסים מחזקתם ולהוריד שנכנסים שלא בפני לוה ולבלתי סור מן המצוה אשר לוני כ"ת אגלה דעתי בענין זה באתי על החתום במאי דפשיטא' לי כביעתא דכותחא אים לעיר משה בנגנבת

סימן ס"א

החכם הנעלה ידיד נפשי כמ"הר אברהם ן' ויליסיד כתב לי על זה ונאכד קונטריסו וזה אשר כתבתי לו

זית שמן ששמנה של תורה אגור בתוכו ויעש לו מסגרת זית רענן לתורה ולתעודה ולשון הזהב והאדרת החכם הנעלה ידיד נפשי כה"ר אברהם ן' ויליסיד נר"ו • אד"ש הותך ראיתי כלב לריב על מ"ש דכיון דבעל העיטור קאי כסברת בעל התרומות שמי חזא מקמי תרתי איזה עבר רוח דעת הסמ"ג מאחר שכתב כלשון ההגהות אות באות תיבה בתיבה ואני מתפלא עליך שהמקשת לי מדברי הסמ"ג למ"ש דבעל ההגהות הוא חד לגבי תרי בעל העיטור ובע"הת תא ואקשי לי על מ"ש דיותר נכון יש לסמוך על עדות בע"הת מעל עדות בעל ההגהות שבעל התרומות היה ספרדי ובקי במילי דגאונים יותר מבעל ההגהות שהיה אשכנזי שהרי הסמ"ג נ"כ היה ספרדי ובקי במילי דגאונים כבעל התרומות אמנם דע ידידי שבהעתק הנזכר אפלי אכל מ"ש שבע"הת היה בקי במילי דגאונים מקיים בה הכי הן אמת שדברי ההגהו' לקוחי' מהסמ"ג והסמ"ג היה ספרדי כבע"הת מ"מ הרב בעל העיטור באות עין כתב בפירוש שדעת ר"ח ז"ל כדעת רבינו האיי גאון ז"ל ואם כן שמי חזא מקמי תרתי כו' ע"כ ומזה תראה שלא נעלם ממני שהסמ"ג כתב כההגהות הממני יפלא לשון הסמ"ג שתמיד כל היום אינו זז מתוך ידי

ומאי דקשיא לך דהוו תרי ותרי כמה יפה פירש לך החכם השלם כוליכא דנהורא כמהר"ר אברהם אליגרי נר"ו שההגהות העתיקו לשון זה מבעל הסמ"ג ומכין ריקי עיניך ניכר שלא ירדת לעומק דברי החכם השלם הנז' שכתבת ומ"מ הוו תרי ותרי ואלו היית מתיישב בדברין היית רואה שהחכם השלם הנז' תפש לו דרך קצרה כמנהגו הטוב ותוכו רצוף טוב טעם ודעת והנה הוא נר"ו אמר שההגהות העתיקו הלשון הזה מהסמ"ג ולפום ריהטא מה בכך ה"ל תרי ותרי וכת"ש אתה אלא שהחכם השלם נר"ו א' דבר שתים זו כשמע מדבריו דבשלמא אם כונתינו היה להביא מי ומי העומדים בסברת רבינו האיי גאון ז"ל ומי ומי העומדים בשטת הרי"ף והיינו אומרים שהגהות מיימוניו' הוא יחיד לגבי בעל העיטו' ובע"הת יפה הקשית דאף שבעל ההגהות העתיקו לשון זה מהסמ"ג מ"מ מדהביא דבריו כשתם משנה ואי דהכי ס"ל וה"ל תרי ותרי אבל אין כונתינו אלא לומר על עדות מי יותר ראוי לסמוך על זה כתבתי שמי חזא מקמי תרתי דההגהות לא ראו זה בדברי הגאון ז"ל עצמו אלא ראהו בסמ"ג משם הגאון וה"ל עד מפי עד דאין כאן אלא עד אחד אמנם בעל העיטור ובעל התרומות כולם ראו דברי הגאון ממקורם וה"ל תרי לגבי חד וזה פשוט

עוד כתבתי כלשון הזה והנה התירוץ הנכון בזה הוא מ"ש מעכ"ת שבבחרותו בספ' השערי' סבר לה כהרי"ף ז"ל ובזקנותו בתשובה סבר לה כר"ח ז"ל אף שגראה לדקדק דאיפוך ואימא דמ"ש בתשובה היה בבחרותו ובספר השערים חזר בו מ"מ קבלה הוא בידינו דגדולי עולם בתשובה דקו טפי ואסיקו אדעתייהו כל המסקנות וא"כ לזה י"ל שהתשובה היא באחרונה ע"כ ואני אומר אם קבלה נקבל ואם לדין הרב הגדול אביהן של ישראל בב"י כותב בהפך בטור י"ד ובטור ח"מ משם הר"י ן' הרא"ש ז"ל דבכל מקום שהוא רואה להרא"ש שסותר עצמו מפסקיו לתשובותיו אני תופס הפסקי' עיקר עם שבדברי הר"י בן הרא"ש ז"ל אלו יש לי הויות טובא שהרב הגדול ז"ל בב"י ח"מ סי' ק"י כתב כן בשם הר"י בן הרא"ש ז"ל ובטור י"ד סי' שמ"א כתב כן ג"כ הר"י בן הרא"ש גם הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ע"ב כתב אע"פי שכתב בתשובה שהתלוה על המשכון ש"ם הוא בפסקיו כתב שהוא ש"ח ודא אחרונה היא ע"כ פשטן של דברים בדברי הר"י ן' הרא"ש ז"ל דהפסקים הם אחרונים מהתשו' ויש לתמוה איך נתברר להם שכל הפסקים היו אחר התשובות ולא נתמיט אחת מן התשובות להיות אחר הפסקים ואפשר היה לומר דמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ע"ב ודא אחרונה היא אין הכונה לומר שלעולם הפסקים עיקר שהם אחרונים לעולם אלא כההיא תשובה דוקא שהיה ידוע לו שמ"ש בפסקי' היה אחרון מהתשובות וכן ראיתי לרב ז"ל בב"י י"ד סי' קמ"ט ובשי' ר"א דף רל"ה ע"ד כתב על דברי בעל הטורים שבח"מ סימן ע"ב ואפשר לומר דלאו כללא כייל בכל מקום שדבריו בתשו' יסתרו לפסקי' דנקטינן כדבריו שבפסקי' נקטינן אלא בההיא תשו' דוקא קאמר שהיה ידוע לו שדבריו בפסקיו היו אחרוני' שכבר השיב אותה תשובה כשכתב הפך בפסקים ע"כ וברור הוא דלא כתב הרב ז"ל כן אלא לדברי הרב בעל הטורים ז"ל שבח"מ סי' ע"ב אבל לת"ש בשם הר"י בן הרא"ש ז"ל א"א לומ' כן אלא דמוכר דכלל זה הוא כולל לכל מקום שהתשו' והפסקי' סותרי' אלו עם אלו דאזלינן בתר הפסקי' וכן מצאתי למהר"א ביוידי"ל בספר משכית מלחמות בס' א' ולמהר"ב ליב ברואל ז"ל שם בסימן ג' ולפי זה חולקים רבינו בעל הטורים עם אחיו הר"י ז"ל

והייתי רוצה לידחק ולומר דגם להר"י בן הרא"ש הכונה דבכל מקום שחולקים הפסקים עם התשו' אזלינן בתר הפסק שפסק באחרונה בין שיהיה בתשובה בין שיהיה בפסקים ואחר זמן רב מצאתי כן למהר"ס כהן בספר פלגי מים ד"ם ע"ב אבל מצאתי לרב ז"ל בתשובותיו דשייבי לא"ה הבין דברים כפשטן בין בהרב בעל הטורים ז"ל בין בהר"י בן הרא"ש ז"ל שבכלל זה כולל לעולם דאזלינן בתר הפסקים ולא בתר התשובה וכך נראין דברי הרש"ס ז"ל בחלק ח"מ סי' ק"א וקמ"א ופ"כ הרמ"ך ז"ל בפירוש א"א סי' י"ב וקל"ג ומהרש"ח ז"ל בביאורו לח"מ סי' ט"ל (הגה"ה ובורי הרב ז"ל א"א סי' נ' ומהר"ם הלוי ז"ל בתש' ח"מ סי' א' ע"כ הגה"ה) והוא תימא ועיין בספר משכית מלחמו' סי' א' ובשלמו יופא ז"ל ובספר משפט צדק ח"א סי' א' ושמא דעת הר"י בן הרא"ש ז"ל והרב בעל הטורי' דיש לנו ללכת אחר הפסקי' ולא אחר התשובו' מפני ששהפוסק עוסק בתשוב' שמשיב לשואלין ופוסק הלכה אינו נמנע מלבקש אחר פסקיו והלכותיו איך פסק ואם פסק כהפך מת"ש בתשובה או מוחק מ"ש בהלכות או חוזר בו בתשובה אבל כשאדם עוסק בחבור אינו חוזר אחר תשובותיו לראות איך פסק מפני שטורח הוא לו לבקש בתשובותיו היכן כתב דבר זה שאינן סדורות כמו בחבור שהוא סדור ומוכן לפניו וכל זמן שהוא רוצה לראות מה דעתו בחבור פותח המסכתא שבה דין זה מוזכר ומ"ש הר"י בן הרא"ש והרב בעל הטורים מפני שהן אחרונים ה"ק מוכרח לומר דכשהוא סותר את עצמו מתשובותיו לפסקיו הפסקים הם אחרונים דאי התשובה היינה אחרונה למה לא בדק כחבורו להגיהן כדברי התשובה אלא ודאי הפסק היה אחרון ולא חזר אחר התשובה להגיהה בפסקיו מהטעם שכתבתי הכל

מהרי"ל ז"ל בתשובה סי' ע"ג כתב דהרדב"ז התשובות הם עיקר שהם הלכה למעשה ודבריו ז"ל לא באו על דברי הרא"ש בשעת ראו המפסקים לתשובותיו אלא אבעלמא קאי דראוי לתפוש כדברי הפוסק בתשובה יותר מהפוסק בחבור אבל לענין סתירת דברי הרא"ש ז"ל אפשר שיודה דהפסקים עיקר כדברי הר"י בן הרא"ש ואחיו ז"ל וכן מצאתי בפירוש לרב מהר"ר ליב פראג ז"ל בספר השבית מלחמות סי' נ' ומהר"ח פינצי גם בסי' י' דאע"ג דמהרי"ל כתב דתשו' דכשהרא"ש ז"ל סותר מפסקיו לתשובותיו התשובות הם עיקר חשיבים עליו דברי הר"י בנו ז"ל שהפסקי' הם עיקר ושכן כתב בשרש קצ"א ועיין בספר הנז' סי' ט"ו בפסק מהר"ם באשון ז"ל ומהר"ם מלובלין ז"ל סי' ע"ג (הגה"ה כתבתי עוד מזה בס' כנסת הגדולה חלק א"ה סי' ע"כ בהגהת הטור אות ס"ח עד הסוף ובחלק ח"מ בספר הכללים אות ת' ע"כ ההגהה) הכלל העולה דלא נמצא מי שאומר דהתשובות עיקר זולת מהרי"ל אבל שאר הפוסקים ס"ל דהפסקים עיקר ואף מה שכתבתי לעיל לפרש דברי הר"י בן הרא"ש והר"ב הטורים ז"ל לא יהוייב משם שהתשובות עיקר אלא כל שהוא אחרון בין יהיה התשובות עיקר בין יהיה הפסקים עיקר והם כן היפה פה כדברי רבינו האיי גאון מי הלל שדבריו בתשובה הם אחרונים כיון שכתבום אותם עיקר אבל אודיעך הידיד שמוכות שלי לומר שדבריו בתשובה הם עיקר (הגה"ה עיין מ"ש בהגהה בסי' נ"ט סמוכות שלי לסמוך על התשובה יותר מעל החיבור ע"כ ההגה"ה)

עוד כא בכתבך וז"ל אבל מה שתירץ מעכ"ת שהוא ט"ס וכ"ל ר"י במקום רבינו האיי גאון ז"ל שדברי' האיי ז"ל לא יכונה בשם בעל העטרים ושייך בספר המקח ולא מצא כן לא במקום א' ולא בשנים כי אם בעשרה מקומות במרדכי פרק הכותב ויתר הפוסקים ועוד תימה איך משמש ולא מצא כי אם איכו בספר המקח ישנו בספ' משפטי שבועו' כו' ע"כ דע לך ידידי שכל דבריך בזה הם אמת והאריך והעבודה אך יצוא יבוא הקונטרס הזה מידי כמו יום או יומים כזכרתי מספר משפטי שבועו' לגאון ז"ל ואמרתי בלבי אולי בספר הנז' ימצא כתוב כדברי ההגהות ולפי שאין הספר ההוא מצוי בידי ולא בעיר הזאת לא יכולתי לראות אמתות הדברים ובהיותי עומד במבוכה זו חזרתי לחפש בספרים וראיתי שהמרדכי בהרבה מקומות וגם הסמ"ג ז"ל מכנים לרבינו האיי גאון ז"ל בעל השטרים והגהתי כן בפסקי ומיהו לענין מה שאנו עסוקין בו זה לא מעלה ולא מוריד שאפי' שרבינו האיי גאון ז"ל כתב כן בספר משפטי שבועות בתשובה חזר בו ממ"ש בחיבורו ויש לסמוך על התשו' מעל החיבור מהטעם שכתבתי

גם מ"ש מדברי בעל העיטור הטבת לראות שכתבתי הקונט' הנז' לא ראיתי דברי הרב בעל העיטו' גבי ההוא ערכא לבד זה ראיתי מ"ש באות עין כח"ב בלוה שהלך למ"ה ומהלשון ההוא דנתי שדעתו כדעת רבינו חננאל גאון ז"ל ומה גם נעזרת הרמב"ם ז"ל עליו ואם שלשונו מגולגל כבר כתבתי בקונטריסי שיש לו מקום עיון בדברי הרב בעל העיטו' אחר ימים הראני א' מחשובי חבירי יקירתנו שמו הח"ר יהודה משעוד נר"ו דברי הרב בעל העיטור גבי ההוא ערכאה ושאתותם על המראה דנראה דס"ל כדידיה אדידיה ובררתי לפרש פירושים רבים ומה שעלתה מלודתי הקצרה הוא שדעת בעל העיטור כדעת הרי"ף אלא שסובר בעל העיטור בדעת הרי"ף ז"ל דכל דאפשר לאודועי אפי' בדרך רחוקה מודעינן ואף על פי כן פליק הרמב"ם ז"ל במה שצירף לבעל העיטור עם ר"ח ז"ל שכיון שגדון הרב ז"ל היה אפשר להודיעו אפי' יהיה בדרך רחוקה חזר הדין למ"ש ר"ח ז"ל דבלא הודעה לא נחתינן לנכסי . ומה שהלכת בעד מהרש"ך ז"ל על מה שלא צירף לר"ח עם הרב בעל העיטור ז"ל דבר נכון הוא ומה שהלכת בעד מהרש"ך ז"ל על לשון הרמב"ם בקשתי להלמו ולא כהלם לי כלל כרום דבריך ואשיבך מילין .

ושאת שהרשתני הראות לך התשובה מהרדב"ז שנשתמש בכלל הקים לי דע לך ידידי שכתוב אצלי בחבורי בספר כנסת הגדולה על דברי הטור ח"מ סימן ע"א ס"ה על מ"ש ויש חולקין עליו שאין צריך קנין וראשון עיקר כו' בלשון הזה וכיון דאיכא פלוגתא לא מפקינן מיד המוחזק הרדב"ז ז"ל ח"ב סימן רט"ו ע"כ ומכאן נראה מבואר דס"ל לרב ז"ל דכל שהרמב"ם ז"ל לא גילה דעתו במחלוקת הפוסקים אמרינן קים לי וכן משמע לי מדבריו בתשובה ח"א סי' קמ"ט וכה"ג סי' רמ"א ע"ש

ותמהת אני תמיה על מ"ש שאמר לך החכם השלם אלוף התורה שני כמה"ר אליה אבני נר"ו שהרדב"ז ז"ל בשתי תשובות קורא תגר על מהריב"ל והרשד"ם ז"ל דס"ל דאמרינן קים לי ולולי שכתבת בשם הרב כלשון הזה שלא אמר רבינו שמואל בר ברוך דאמרינן קים לי כי אם בשתי ענין דכתובת אתנים יוקח והם דברי הגאון מהר"י קולון בשרש כ"ר וייתי אחר שבוות הרב ז"ל לומר שאין לומר קי"ל בפוסקים אחרונים הקרובים לזמנינו זה אבל היכא דנחלקו אבות העולם בדבר א' וכגון בעל הטורים ז"ל בסימן הנזכר מודה הרב ז"ל דאמרינן קים לי סוף דבר לא נמצא בתו' לרב ז"ל בכ' תשו' דלא אמרינן קי"ל הוא סותר את עצמו מתשובו' הלו לתשו' שזכרתי

ואשר דרשתני אודיעך דעתי במה שנסתפקת דאם מ"ש דיהיה מחלוקת בענין הקי"ל אם מוציאין מיד המוחזק מטעם דתרי קי"ל לא אמרינן אם שנכ"ר משנה שזיכה ברכה דאיכא כהוג עלמא לומר המוחזק קי"ל ואין מידו מציל ואם ראית להרדב"ז ולרבנים אחרים שלא נשתמשו בטעם הקי"ל לדורם ולמקומם דברו אחנם בקושט' וכל אנפיה ובשלוניקי וכל אנפיה נתפש' המנהג לומר קי"ל ומנהג בדיני ממונות מבטל הלכה (הגה"ה בספר כנה"ג חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקי"ל האריכתי בכללי הקי"ל הרבה יע"ש ע"כ ההגה"ה)

מ"ת לאם תלמרך הענין כניון אחר אודיעך דעתי בקצור נמרץ כבר ידעת דמהריב"ל ז"ל פעם כותב דאפי' בס"ת לא מפקינן מיד המוחזק ופעם כותב דבס"ס מפקינן מיד המוחזק גם למהרש"ך והרשד"ם ז"ל בתשובותיהם ראיתי שלא סלקו עצמם לצד אחד גם ידעת שהראנ"ח בסימן ק"ט כתב דבתלתא ספיקי מפקינן מיד המוחזק וגם אתה ידעת שמהריב"ל ז"ל לפעמים תרי פלוגתא חשיב להו כתרי ספיקי ולפעמים חשיב להו כחד ספק גם בדבר הזה ראה תראה למהרש"ך ז"ל בתשובותיו פעם יודה בתרי פלוגתי דרבוותא חד ספק הוא ופעם ימאן האמנם הבאים אחרי הרב ז"ל מהריב"ל גיסו היקר שלפנינו כמהר"י ן' עזרא וכמהר"ם ומהרח"ש נר"ו הובאו דבריו בספר משפט צדק סי' ב' תפסו על הרב ז"ל בזה והסכימו דלאו בתרי פלוגתי דרבוותא ובין בתרי ספיקי כמכיאו' אין מוציאין מיד המוחזק והביאו ראיה לדבריהם ומורינו הרב הגדול ז"ל בתשובותיו הי"קי"ר כתב דלעולם לא מפקינן מיד המוחזק כל שאתה יכול להרבות בספקות וספיקי ספקות . והרב הגדול מורינו כמה"ר חיים שלתי נר"ו הובאו דבריו בספר משפט צדק סימן הנז' כתב בלשון הזה כבר נתפשט המנהג דאלו המוחזק לומר תרי קים לי ואין מוציאין ממנו והתימה מהרש"ך ז"ל שזה מעשים בכל יום שאין מוציאין מיד המוחזק ואפי' בתרי

קים

קיס לי ואיהו עבד עובדא כהה זימני ע"כ ולמעלה מזה כתי' אך בעיקר הדין כבר נתפשט המנהג דמבי המוחזק לומר קים לי ואף בתרי פלוגתי דרבוותא אין מוציאין מידו ע"כ ותו מאי מאן גברא רבה קא משהיד שפשט המנהג כן ועדותיו נאמנו מאד

אבראה שבמקום אחר עמדתי על דברי הרב נר"ו בת"ם ואף בתרי פלוגתי דרבוותא אין מוציאין מידו •

ולכאורה נראה שר"ל ל"מ בתרי ספיקי דמציאות דאין מוציאין מידו אלא אפי' בתרי פלוגתי דרבוותא אין מוציאין מידו ומה חרי האף הגדול הזה דאדרבא איפכא מסתברא דהכי' אם היינו אומרים דבס"ם דמציאות מוציאין מיד המוחזק בתרי פלוגתי דרבוותא היה מקום לומר דאין מוציאין מיד המוחז' מטעם דשום פלוגתא דרבוותא חד הוא הא"כ עתה נתיישבתי בדבר וראיתי שכונת הרב נר"ו לומר דלפי דעתו שהכריח דתרי ספיקי דרבוותא תרי ספיקי הוו סיים דבריו וכתב כבר נתפשט המנהג לומר המוחזק קים לי ואף בתרי ספיקי בפלוגתא דרבוותא כו' כלומר אף לפי דעתי דתרי פלוגתי דרבוותא תרי ספיקי הוי אין מוציאין מידו לא כן שאם בס"ם היינו מוציאין מיד המוחזק אף בתרי ספיקי דרבוותא היו מוציאין מידו לפי דעת הרב נר"ו דתרי פלוגתי דרבוותא ב' ספיקי הוו

ועדיין הלשון מגומגם אמנם זו היא כונת הרב נר"ו ורואה אני מתוך דבריך שקונט' הראשון שכתבתי בענין זה דלוה שהלך למ"ה לא הגיע לידך שאילו הגיע לידך לא היית מואלני בדבר זה שגם כתבתי בביאור דנתפשט המנהג לומר המוחזק קים לי אפי' בס"ם אם לא הגיע לידך שאל נא לאחי החכם השלם נר"ו אם הגיע לידו ואם לא הגיע לידו אשלחנו בידך בע"ה מה שהודעתני שהחכם השלם אלוף התורה כמה"ר אברהם אליגרי נר"ו טרם ימים מועטים ישלח קונטריסו מחזיק כל מה שכתבתי ושאלה לו הפסקים מהחכם השלם מר קשישא מהר"י אישקאפה נר"ו ומהחכם השלם הר"א לפאפה נר"ו הקונט' של הר"א לפפא נר"ו זה כמה ימים שלחתיו ליד אחי החכם השלם נר"ו כמדומה שלא הגיע לידו אך קונטרים של החכם השלם מהר"י אישקאפה נר"ו הנו בידי עם הקודם אשלחנו בע"ה ומ"ם עלין העתיקנו ותראה אותו להחכם השלם הנז' ואני בה' אשפה אוחילה לאלהי ישעי יגדל כשאך מכשא הרב זקניך מר שמואל זלה"ה אורך ימים ושנות חיים יוסיפו לך כנפש' שבעך וכנפש דודך אוהבך תלב ומנפש הלעיד חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן סב

לדייני ק"ק ארטה שנת התכ"א

שאלה יורינו מורינו אנשי עיר אח' הטיל עליהם גוי אחד סך אלף גרוש' שיתנו ערך י"ב למאה רבית בכל שנה לבית תפלות שלהם והאנשי' האלה לקחו המעות האלו וחלקום בין אנשי העיר כנראה בעיניהם ואיש אחד שמו ראובן לא היה רוצה לקבל החלק שקבלו עליו באמרו רצוני ללכת לא"י ואעפ"כ כן הפצירו עליו עד שלקחם לימים כשע הנז' לא"י כאשר אמר להם ובהיותו בדרך שלח להם המעות עם הרבית המגיע להם עד היום הזה ולא רצו לקבלם וראובן הנז' נפטר בא"י ואחר פטירתו שמרו אלמנתו ויתומין לאפטרופום תפרע המעות לקהל שאין אנו רוצי' שיהיו עלינו חובות ובפרט ברבית ומי ידע מה ילד יום השיב האפטרופום מה לכם מזה אין אום תובע מכם כלו' וכן היה שעברו יותר מט"ו שנים והגדילו היתומי' והיו גובים מהם משי' וארגוניות וגולגליות ומהחוב לא תבעו כלום ולא מהריוח עתה נפטר האפטרופום חיי לחר ולכל ישראל שבק ואחר פטירתו תובעי' הק"ק ליתומי' דיינו שפרענו הרבית כל השני' שעברו פרעו לנו את הקרן והיתומי' טוענו' אם באמת ובתמי' שלא פרע לכם האפטרופום מדוע לא תבעתם אותנו כל השנים הללו והרי אנו היה לנו ממה לפרוע ומה גם שהייתם גובי' ממנו אחר שגדלנו משים וארגוניות ומדוע לא תבעתם בעת היה לפחות הריוח אין זה כי אם שפרע לכם האפוטרופום הקרן ולזה לא תבעתם עד אחר פטירתו עכ"ז יורינו מורינו מורה לדק הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה מן הנגלה שאין כנדון הלז דיוכבא ליפרע מנכסי יתומי' מלוה על פה שאי' נפרעת מן היורשים אם לא בג' דרכי' המבוארי' בטור ח"מ סי' ק"ח כיון שהדבר ברור מן השאלה שלא נפרעו הקהל מאביה' קודם מיתה ולא אמרו שמלוה ע"פ אינה גיגבית מהיתומי' לא כשיש לחוש שמא פרע אביהם וטעניכן ליורשי' שפרע אביה' אבל בנדון הלז שאביהם שלח לפרוע ולא רצו לקבלם גם אחרי מות אביהם אמרו לאפטרופום שיפרע חוב אביה' ולא פרע הדבר ברור שלא נפרעו בחייו וגובין מהיתומי' מלוה ע"פ וכיון שכן הוא שאם לא פרע האפטרופום שחייבין לפרוע הדבריס ברורי' שחייבין היורשי' לפרוע לקהל דה"ל בריא בחיובא וספק בחזרה וכההיא דאמרינן בסוף קמא הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם

וגדולה מזו כתבו הרמב"ם פ"א מה"ם והרב בעל הטורי' בחלק ח"מ סימן קכ"א סט"ו במלוה ששלח שלוחו ללוה להביא לו חובו והחוב היה מנה וטען הלוה שנתן לשליח כל המנה והמלוה אומר שלא שלחו להביא אלא נ' ולא נתן לו אלא נ' והשליח אומר שנתן לו כל המנה ישבע השליח היסת ללוה שנתן למלוה כל המנה והמלוה ישבע שבועה חמורה שלא שלחו לקבל אלא נ' ולא נתן אלא נ' ופירש הרב ז"ל בב"י משום דה"ל כאומר שמא פרעתי' שחייב לשלם ואבי' להר' בעל הטורי' ז"ל שחולק וסובר דישבע הלוה ונפטר היינו דוקא שם שהמלוה עשה שליח להביא הלואתו מהלוה והשליח טוען ג"כ שנתן כל המנה למלוה אבל בכה"ג דכ"ד דהקהל לא שלח שליח לגבות חובם מהיורשי' גם האפטרופום מת ולא ידענו מה בפיו לכ"ע חייבין היורשי' לשל' כדין אומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך

ומה שטוענים היורשים דלמה לא תבעו להם כ"כ זמן אם מטעם המחילה אתו עלייהו כבר כתב בס' הטורים סימן ל"ח דאפי' שהה כמה שנים ולא תבעו לא אמרינן כיון ששתק מחל וכ"ש גבי רבים דלא שייך מחיל' דמאן מחיל ומאן שביק ואי מטעם שהשתיקה הויא הודאה שכבר נפרע אתו עלייהו וכדרך שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה שצריך הדיין לחקור בשטרות ישנים שמוציאים אותם למה לא תבעו עד עתה וכן מכני שלא תבעו החוב בחיי האפוטרופום ודמי לתשו' הרא"ש ז"ל שהובאה בספר הטורים סימן ש"א סי"ו המעיין בדברי הרא"ש ז"ל וכת"ם בספר כנסת הגדולה' במקומות אלו יראה שהרא"ש ז"ל לא גזר אומר שהשטר בטל אלא שאין לדיין לדונו והיינו דוקא כשנתחזק בדעתו של דיין ונתברר לו בבירור שהדין מרומה בא' משני כנים או שלמד כן מדברי העדים שאין עדותן אמת וכמ"ש רש"י ז"ל בפרק שבועת העדות וכתב מהר"ם אלשיך ז"ל בסימן מ' על דבריו וליכא דלמר מששמע דלא מספקא ליה לדיין בליביה או דקים לי' לדיין שדין זה מרומה מחמת אמתלאות ואמדנות מוכיחות וזהו נכון של הרא"ש ז"ל בכלל ס"א שמתוך הענין ראה והבין שיש רמאות וחשש זיוף בדין מרומה כזה כתב הרא"ש ז"ל שאין לדונו כלל

אבל

אבל היכא שהדיין לא נתחזק כי עתו שהדין מרומה בודאי אלא שלבו נוקפו אולי דין זה מרומה בדין מרומה כזה כתב הרא"ש ז"ל שמוטל על הדיין לעשות דרישה וחקירה וכל שעשה הדיין כל המוטל עליו ודרש וחקר עד מקום שידו מגעת ולא נתברר לו כי פרוע הוא הא ודאי משלם במיטבא ווהנא כיון הרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"ה שאם לא אתחזק רעותא בשטר וחשש זייוף זולת היותו עתיק יומין על גוון כזה כתב הרא"ש ז"ל שראוי לדיין לרדוף צדק ולהוציא הדין לאמיתו. כלומר או להוציא לאור שהשטר מזוייף או אם אינו מזוייף אחר החקירה משלם וכן העליתי בתשובה אחרת מהחלק הזה סימן

מעתה לא ולמד בנדון שלנו שאין שם שום רעותא וחשש זייוף בחוב זה זולת מדוע לא תבעו בחיי האפוטרופוס עד היום הזה לא מפני זה נדחה לקהל התוב' בשתי ידים אלא על הדיין מוטל לעשות חקירה ודרישה עד מקום שידו מגעת אם יתברר לו בבירור שכבר נפרעו הק"ק יפטור ליתומים ואם לא יתברר לו שפרעו ישלמו וכל שכן בנ"ד שהיא מלוה ע"פ וקיימא לבי שותפי שאין האיחור הוראה לפירעון ודקיוק לשון השאלה מורה שהק"ק לא נפרעו בחוב זה בחיי האפוטרופוס שהרי כשהיורשים היו אומרים לאפטרופוס הנז' שישלם החוב הנז' היה משיב להם האפוטרופוס מה לכם אין אדם תובע מכם כלום ואם איתי' שהאפוטרופוס פרע בחייו אין ספק שהיה מודיע הדבר ליורשים

כללן של דברים דחייבים היורשים לפרוע לקהל החוב ההוא אם ירשו מאביהם או כדי החוב או פחות כל מה שירשו עד כדי החוב יפרעו לק"ק אחר שיחרימו חרם סתם שלא נתפרעו הכלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן סג

איומיר להח"ה כמה"ר ישי אלמולי נר"ו שנת התכ"א.

שאלה ראובן נפטר לבית עולמו הבדק וחיי לרבנן וליש' שבק ואחרי פטירתו בא ש' ואמר ליורש ראובן איך היה לו עם מורישו עיסקא על פה ממך פ' ותובע מהיורש שיפרע לו אותו הסך והיורש טוען ואומר הן לו יהי כדברך שהיה לך עיסקא עם מורישי איני חייב לפרוע לך מתרי טעמי חדא שאפי' פלגא שהוא מלוה איני חייב לך כיון שהוא על פה וכ"ש פלגא שהוא פקדון דאפילו אבי היה יכול לטעון החזרתי במגו דלאשמו וטענינן ליתמי ועוד שאבי לא לוה לפני מותו שהיה לך בידו ממון ועוד טוען היורש דכתובת אמו קודמת לחוב שמעון ושמעון טוען שאין בדברי היורש ממש ועל טענת הכתובה אומר שאין לה כתובה לפי שמטר כתובתה נאבד. על הכל יורינו המורה לצדקה ושכמ"ה

תשובה הדברים פשוטים ומבוארי' שיורש ראובן אינו חייב לשלם לשמעון כלום זולת אם הוא יודע בודאי שיש לשמעון זכות. אבל אכין דיתמי דאבלי דלאו דידהו נינהו כתר שבקייהו ח"ו אבל אם אינו יודע שאביו חוב אבל שמעון אינו חייב לשלם לו כלום ונשבע שאינו יודע ובכתר דאפי' במוציא שטר עיסקא על היתומי' פסקינן בפרק המוכר את הבית דנשבע ונוטל החצי מפני שהוא מלוה אבל החצי האחר יש לו דין פקדון ואינו נוטל אפי' בשבוע' דטענינן ליתמי כל מה דהוה מצי אבוהון למטען

אלו היה אביה' חי היה נאמן לטעון החזרתי במגו דלאשמו אף ליתמי טענינן להו דאביהם החזיר הפקדון אם לא שאינן יכולין לטעון שהחזיר כגון שהודה אביהם או מת תוך זמנו או דהימניה לבעל העיסקא כל היכא דאמר שלא החזיר ולא טענינן ליה׳ פרעתי דלא אמינא אמיתא עליה טענינן כן כמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ק"ח ס"ו ויש חולקים גם בזה וס"ל דאפי' היה תוך זמנו או הימניה לבעל העיסקא כל היכא דאמר שלא החזיר דטענינן ליתמי נאנסו כמ"ש אביהם יכול לטעון כמ"ש הר"ן ז"ל הביא דבריו הרב ז"ל בב"י סימן הנז' בקוצר ומיהו בהודה אביהם לפני מותו מחילא שמעינן שלא נאנסו ומהריב"ל ז"ל ס"א כלל י"א סימן כ"ד והרדב"ז ז"ל במודפסות סימן קמ"ג ומהרש"ך ז"ל ח"ב סי' רל"ו תפסו בפשוט דתילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי והוא מן התימ' וכבר תפס על מהריב"ל ומהרש"ך בעל משפט צדק בח"ב סימן ע"ד איך עשו עיקר מתשובת הרא"ש ז"ל דתילתא דלא שכיחא לא טעינינן להו ליתמי אחר שבפסקיו כתב כהסך ועל הרא"ש ז"ל עלתה הקשה מדידיה אדידיה מפסקיו מפרק הכותב לפרק שני דייני גזרות והן הם דברי הרשד"ם ז"ל בסימן קל"ח ושם כתב גם משפט צדק דמ"ש בפסקיו עיקר

ולענ"ד דלא דק דמ"ש הרא"ש ז"ל בפרק שני דייני גזרות דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא היינו דשכיח ולא שכיח אבל מילתא דלא שכיח כטענת נאנסו דלא שכיח כלל והיינו ההיא שכתב הרא"ש בפרק הכותב לא טענינן ליתמי והעולם לא חזר בו הרא"ש ז"ל מפסקיו לתשובותיו בטענת נאנסו ודומה לה אלא בטענת דשכיח ולא שכיח חזר בו ובזה באו דברי מהריב"ל ז"ל אל נכון אבל מורי הרב ז"ל בתשוב' ח"א סימן ע"ב ובעל משפט צדק סימן מ"ו וע"ג כתבו דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה וכ"כ מהר"א ששון בסימן ק"ל בשמו ובשם רב אחר וגדולה מזו כתב שם דאפילו טענה שאין הדעת סובלתו טעני' ליתמי ובעל משפט צדק ז"ל בח"ב סימן ע"ג כתב כל טענה שהיא רחוקה הרבה כגון ראובן היה חייב לשמעון ונתן לו סחורות דרך קומנדיי שוליכם לויניצייא שימכרם הוא ויפרע לבעל חובו והשאר יתנם ביד פקידו של ראובן ומת שמעון ובאים יורשיו לתבוע מראובן בשטר חוב שבידם וראובן טוען אלו הייתי חייב לשמעון לא הי"ל ליתן הכסים שנשארו ביד פקיד שלי אפילו תאן ים"ל דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיח' יודו דלא טענינן בשביל היתומים שמה שלא נתפרע מסחורית הנכסים בשביל שלא היה השטר בידו ע"כ נראה שחולק על מהר"א ששון ז"ל וכן מוכיחין דברי הרדב"ז ח"א סימן קמ"א ועיין במהר"ס גאלאנטי ז"ל סימן קכ"ה ובמ"ש כס'כנה"ג חח"מ סימן ר"ז בהגב"י אות מ"ז עד אות כ"ו

ומיהו כל זה שכתבתי משנה שאינה צריכה לנ"ד דבנ"ד השאלה הזאת אומרת בפירוש דאין כאן לא זה ולא אותו לא הודה בשעת מיתה ולא נאמנות כמ"ש יורש ראובן בטענה שניה ומהקודם מבואר דהא דמסקינן בפרק המוכ' את הבית דשטר עיסק' היוצ' על היתומים ישבע' וגובה מחצה והוא החצי שיש לו דין מלוה הוא משום דשבוק עלייהו שטרא דלא היה יכול אביהם לטעון פרעתי משום דשטרך בידי מאי בעי ומילתא דאבוהון לא הוה מצי למטען לא טענינן ליתמי אבל אם לא היה לו שטר אלא עיסקא על פה ולא היה שם אחת מג' דרכים שנפרעין מנכסי יתומים אפילו במלוה ע"פ פשיטא דאף אותו החצי לא היו חייבין לפרוע דטענינן להו מאי דהוה מצי אבוהון למטען וכי היכי דאבוהון הו"ל למטען פרעתי הכי נמי טענינן ליתמי שפרע אבוהון

הבוהן וזה פשוט ומבואר

מעתה כנדון שלפנינו שאף לדברי שמעון אינו אלא עיסקא על כה ודאי שכל שיורש ראובן אינו מודה כיבר אינו פורע כלום דהחצי יש לו דין מלוה הכי להטען שפרעו אביו והחצי יש לו דין פיקדון שהחזירו אביו וכבר כתבתי דבנדון שלנו אין גם אחד משלם דרבים שנפרעין מנכסי יתומים אפי' מלוה ע"פ

וראיתי להרמב"ם ז"ל פ"ז מהלכות שלוחין כתב לפיכך שטר עיסק' היוצא על היתומים שהיה אביהם מתעסק בו כשבע בעל השטר וגובה מחצה שהוא בתורת מלוה אע"פ שלעולם טוענין ליורש ע"כ ולא הבינותי מ"ש אע"פ שלעולם טוענין ליורש דאי לפלגא פקדון אינו גובה כלום מהאי טעמא דטענינן ליורש שמא החזיר או פרע ואי לפלגא מלוה אין כאן שום טענה דמפי היורש למטען לא טענת החזרתי דהיכא למימר שטרך בידי מ"ב ולא כאכבו דכיון דפלגא מלוה הוא כדאותיה כאנס וחייב לשלם ומצאתי בספר גדולי תרומה כדל"ה ע"א נתקשה בזה והניחו בצ"ע ולע"ד נראה שדברי הרמב"ם כשנכים למעלה שהוא ז"ל כתב למעלה בראש הפרק הנותן מעות לחבירו סתם להתעסק בהם או שהתנו בפירוש שיהיה השכ' וההפסד ביניהם בשוה ונאבד כל הממון יש מי שהורה שישלם המתעסק שליש כמו שביארנו אם אבד חצי הממון והר"מ במז"ל חלק על זה וכתב ויראה לי שהוא משלם מחצה שהוא בתורת מלוה וזה שאמרו חכמים משלם שליש בהפסד כשלא הגיע ההפסד ליטול בע"ה פחות מחצי ממונו כיצד ראובן שנתן לשמעון מאה ועשרים דינרים ונשא ונתן ופחת כ' הרי בשמעון משלם י' וכשלא ראובן נוטל ששים אבל כחת שמעון מאה ואמשים אין אומרים יפסיד שמעון נ"ה שאם אתה אומר כן נמצא ראובן נוטל ן' ולעולם לא יטול ראובן פחות ממ' ולחזק סברתו זאת כתב לפיכך שטר עיסקא היוצא על היתומים כו' כלומר תדע דלעולם אינו נוטל בעל המעות פחות מחצי ממונו מדאמרינן בשטר עסק' היוצא על היתומים שגבה בעל השטר וגובה החצי שהוא בתורת מלוה אע"פ שלעולם טוענין ליורש והיה ראוי שכמו שאם אביהם היה חי לא היה פורע כי אם השליש כפי סברת יש מי שהורה אף היתומים לא יפרעו אלא השליש ומדאמרינן דיתמי פרע החצי ודאי דאף כשהמתעסק חי אין בעל הממון נוקח פחות מחצי ממונו וכן מוכח ממה שסיים הרמב"ם הכה למדת שאינו נוטל לעולם פחות ממחצה כלומ' ממה שהיורשי' כפרעים מחצה אתה למד שאף הוא פורע מחצה זה נ"ל ליישב לשון הרמב"ם ז"ל

ואיך שיהיה בנדון שלנו שאינו אלא מע"פ אינו פור' כלום כדכתבינן ומאחר שהוכחנו שאינו פורע כלום לא היה צורך להשיב על מה שבא בשאלה שטוען היורש שכתובת אמו קודמת דאפי' שלא תהיה קודמת או בים בנכסים כדי לפרוע לכתובת אמו ולחוב ש' אינו גובה כלום אמנם כדי להתלמד במקום אחר אמינא שטענת היורש שבא בשאלה שטוען שכתובת אמו קודמת לחוב שמעון היא מסופקת איני יודע אם כונתו לומר שהיא קודמת בזמן או שהיא קודמת מן הדין ואם כונתו לומר דקודמת בזמן הא ודאי פשיטא דכתובת אמו קודמת דלא כתב רבינו האיי הובאו דבריו בספר הטורים ח"מ סי' ק"ג סי"ג שמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר אלא כשזמן מלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר אבל כשמלוה בשטר קודם זמנה למלוה ע"פ הא ודאי פשיטא שמלוה בשטר קודם לגבות ואפי' בקדם מלוה ע"פ דוקא כשבעל השטר מודה למלוה ע"פ אבל אם בעל השטר אינו מודה למלוה ע"פ אע"פ שהלוה או יורש

שלו מודה במלוה ע"פ יש לחוש לקנוניא וא"נ דאיכא פוסק כן בעל השטר כנון זה פתח כיך לאלם הוא כמ"ש הרי"ף ז"ל ח"א סימן ק"ע ואם כונת השואל הוא שכתובת אמו קודמת מן הדין מפני שהוא מלוה בשטר אע"פ שזמנה מאוחר ממלוה ע"פ הא מילתא הויא פלוגתא דרבוות' דדעת רבינו האיי ז"ל שהזכרתי למעלה מלוה ע"פ קודמת לגבות מפני חרי כיון שעדים מעידים שקדמה וכן נראה דעת הר"ס במז"ל והרשב"א ז"ל כמ"ש ה"ה ז"ל בפ"ך מה"מ אבל הרי"ף ז"ל כתב שמלוה בשטר קודמת אף ע"פי שהיא מאוחרת שטעבוד שטר דינו כמכר וכשם שמלוה ע"פ אינה גובה' מן הלקוחות מאוחרים מפני שאין לה קול כך אינה גובה מבני חרי שנשתעבדו לאחר מכאן מפני שאין לו קול וכ"כ בתשובות הגאונים סימן ה' ולזה הסכימו הרמב"ן והר"ן ז"ל וכן נראה הסכמת בעל התרומות בשער מ"ח אבל בתשובות הגאונים סימן מ"ז וסי' קנ"ו כתבו כרבינו האיי ז"ל ולענין הלכה הרב ז"ל נב"י ובספר הקצר ובספר בדק הבית פסק כרבינו האיי גאון וכתב הסמ"ע ז"ל שכן הכריע בדרכי משה וכן מתבאר מדברי מהר"ם מטרלאני ז"ל ח"ב סימן ע' וח"ג סימן קפ"ד והרדב"ז ז"ל במודפסות סימן ק"ע כתב דאפי' תפס בעל השטר שהוא המאוחר ואמר קים לי מוציאין מידו ואני אומר יפה דבר למקומו שנוהגין לפסוק כהרמב"ם ז"ל אפי' בר"מ דאתריה דמר הוא אבל במקומינו זה ובכל המקומות שנתפשט המנהג לומר קים לי אם תפס אין מוציאין מידו וכ"כ מהריב"ל ז"ל בס' א' דף קמ"ב ע"א ומהרשד"ם חלק ח"מ סימן ער"ה ומהר"י אדרבי ז"ל סימן ש"ז והרא"ב ז"ל בתשובה כ"י סימן נ"ו ואפי' למקומות שנוהגין לפסוק כהרמב"ן ז"ל מספקא לי כיון דדעת הרמב"ם ז"ל אינו ברור וסברת הרשב"א ז"ל מתחלפו' מתשובותיו למכונו' להרמב"ן ובב"ח פסק דיחלוקו ומחוורתא דמילתא כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה

ואלא מיהו צריך לחקור בנ"ד גביה זו שבאין לגבות הכתובה והב"ח במה היא אם בקרקעות הדין כמו שכתבנו ואם מטלטלין כתב הר"ן ז"ל בפרק מי שהיה נשוי דאפי' במלוה בשטר מוקדמת ומלוה ע"פ מאוחרת אם באו לטרוף כא' חולקין ואם קדם מלוה ע"פ וגבה מה שגבתה גבתה דכל שאין בו דין קדימה מה שגבה גבה ע"כ ומצאתי בתשובת להרמב"ן ז"ל סימן פ"א הובאה בב"י ז"ל סימן ק"ד מחודשין ה' חולק על הר"ן בדין זה שכתב ואפי' במטלטלין אית להו דין קדימה כל שהם ביד הלוה לא אמרו שאין בהם דין קדימה אלא לגבות מלקוחות או שגבאן ב"ח מאוחר ע"כ וזה חולק אמ"ש הר"ן ז"ל דאם באו שניהם לגבות כא' חולקין ומשמע אפי' בעודם ביד הלוה ואמ"ש הרב בעל הטורים בח"מ סימן ק"ד סי"א וכ"כ הרא"ש בח"ת סימן כ"ד וכ"כ בפירוש בתשובות הגאונים סימן נ"ה וק"נ וכתב הסמ"ע בראש סי' ק"ד בשם ד"מ דלא קי"ל כהרמב"ן ז"ל בזה וכן הסכים הוא ז"ל וכ"כ ב"ח ורכי כתבתי בספר כנה"ג חח"מ סי' ק"ד בהגהת ב"י אות כ"ז דאפי' לדעת הרשב"א בתשובה זו היינו דוקא בעודן ביד הלוה דשעבודא דאורייתא אבל במטלטלי דיתמי דמדאורייתא לא משתעבדי אלא מפני התקנה חולקים בשוה וזהו שדקדק בלשונו לומר ואם באו שניהם כאחד לגבות מטלטלי כו' אחר זמן רב שאין לידי תשו' מהרב מהר"ח גאליקו כ"י ומצאתי בתשובה אח' שכתב כן עלה בידינו שבנ"ד שהמטלטלין שהן ביד היורש לכ"ע חולקין

ועדיין נשאר לנו לחקור אם בשטר כתובה זו כתו' מטל' אגב מקרקעי דאם כתוב כן באנו למחלוקת גדולה האחרונים בספריהם שמהרא"ך בח"מ סימן ל"ה כתב דהא דקי"ל

דקי״ל לוה ולוה ואח״כ קנה יחלוקו ה״מ במלוה בשטר או במלוה בשטר ומלוה ע״פ ואין כתוב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אבל אם כתוב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אף ע״ס שהמלוה ע״פ היא מוקדמת למלוה בשטר מלוה בשטר קודמת ואפי׳ תפס מלוה ע״פ מוציאין מידו וכן פסק בח״ב סימן קע״ג וכן נראה מדברי מהר״י בש״י שת״א ששאל על כיון ששאל מהרש״ך ופסק דאם תפס האחרון זכה מפני שנשתעבדו לו הנכסים כאגב נראה דאם לא נשתעבדו הנכסים באגב מה שגבה לא גבה אבל הרש״ס בחח״מ סי״ו״א פסק דאפי׳ מלוה בשטר ומלוה ע״פ וכתוב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי לדעת הר״ן אין בהם דין קדימה ואם תפס המאוחר אין מוציאין מידו ולדע׳ הרשב״א יש בהם דין קדימה אבל אם קדם ותפס המאוחר אין מוציאין מידו ודברי הרא״ש ז״ל בח״א סי׳פ״א מסופקין דכר׳ מדבריו דמלוה ע״פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחר׳ במטלטלין חולקין ואפשר דס״ל כדעת הרשב״ם דהר״ן מיירי אפי׳ שכתב לו מטל׳ אגב מקרקעי ופסק כהר״ן או אפשר דמיירי שאין כתוב בכתובה מטל׳ אגב מקרקעי וכדעת מהרש״ך גם מהר״ס מטראני בח״ג סי׳קפ״ה כתב דאפי׳מלוה בשטר ומלוה ע״פ אין בהם דין קדימה ואם תפס המאוחר אין מוציאין מידו אבל לא נתבאר שם אם כיון שלא הוא בדלא כתב לו מטלט׳ אגב מקרקעי

וראיתי לו ז״ל שכשהביא ראיה שאפי׳ מלוה ע״פ שתפס במקום מלוה בשטר במקום שאין דין קדימה אין מוציאין מידו הפך ממ״ש ה״ה בפ״ך מה׳ מלוה בתחילתו ומדברי רבינו נראה שאין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע״פ אלא כל הקודם זכה ע״פ ויראה שמבין הרב ז״ל דמ״ש הרב המגיד כל הקודם זכה שר״ל כל הקודם ותפס זכה וליתא אלא פי׳ דברי ה״ה ז״ל הוא כל הקודם בזמן זכה ומיירי במקום שיש דין קדימה כגון לוה וקנה ואח״כ לוה וכ׳ שמדברי הרמב״ם נר׳ דאפי׳ מלוה ע״פ ומלוה בשטר אם המ״וה ע״פ קדמה גובה תחלה שלא כדברי הסוברים דאפי׳ מ״ו בשטר מאוחרת קודמת למלוה על פה מוקדמת אבל כשאין בהם דין קדימה כגון במטלטלין או אפילו בקרקע כגון לוה ולוה ואח״כ קנה אפשר שאף ה״ה ז״ל סובר דזוקא מלוה בשטר אבל מלוה ע״פ לא ואם דעת הרב ז״ל דה״ה ב׳ וה ולוה ואח״כ קנה אפי׳ במלוה בשטר היינו בשלא כתב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אפשר שראייתו היא דכיון דחזינן דה״ה כתב דמלוה ע״פ מוקדמת למלוה בשטר מאוחרת במקום דין קדימה מינה במקום שאין דין קדימה שוה מלוה ע״פ למלוה בשטר

ולענין הלכה כיון דפ׳ ונחא דרבוותא היא המע״ה ואפי׳ השתא דקי״ל דאפילו כתוב בשטר מטלטלי אגב מקרקעי אין מוציאין מיד הלוקח מטלטלין שמכר או נתן או שעבד״ה וזה מ״מ מידי ספיקא לא נפקא מפני המחלוקת שיש בין הרב ז״ל וסיעתו ומהר״ס מטראני ז״ל וסיעתו אי בע״ח מאוחר שקדם וגבה שייך תקנת הגזלה או לא כמו שנתבאר כל זה באורך בטור ח״מ סימן ס׳ ובב״י שם וגם האחרונים כהגה׳ ב״י אות ה׳ ועדיין יש להסתפק בכיון שלפנינו אם כיון התוס׳ כדין הכתובה ויש לה דין חוב או כדין מנה מאתים ומדברי מהר״ס מטראני ז״ל בסימן הנז׳ יראה שאין דין התוס׳ כדין הכתובה ויראה לי שאין זה תלוי במחלוקת הגאון מהר״י קולון ז״ל עם הרב ז״ל בב״י שלמהרי״קו׳ ז״ל שבשורש פ״א לבימן הזה דין התוס׳ כדין הכתובה ה״ה נ״כ הכא שזכתה האשה ב״ונז׳ כבו׳ או במקחו נמר כיאי׳ ליה ולמר כדאית ליה הכל לדעת הרב ז״ל בב״י א״ה סי׳ ק׳ דאף תוס׳ דידן כתוס׳ דכתן הנז׳ לב״ח יהבינן ולאשה לא יהבינן וכן נראה מדברי הרא״ס ז״ל ח״א סימן כ״א ולענין מעשה נראה דהמוחזק יכול לומר קים לי אמנם אם אין שום אחד מהם מוחזק טוב לכשר ביניהם וכל מה שנשאר אחר שתגבה האלמנה כדנייתה יחלוקו האשה עם ב״ח חלק כחלק הכי לאשה בשביל התוס׳ וחצי לב״ח ואת״ל דאפי׳ האשה בנדונייתה חולקת עם ב״ח יטול הב״ח שלשה חלקים כנגד חלק אחת שנוטלת האשה בשביל התוס׳ ועל מ״ש בשאלה בכתובת האלמנה שהאבידה עיין בספר השונות׳ חלק א״ה סימן הנלע״ד כתבתי הצעיר חיים נכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן סד

אזמיר לנעלה הר׳ אברהם הכהן נר״ו שנת הת״ג

שאלה מת לוה בחיי מלוה ובאו יורשי מלוה לדון עם יורשי לוה וזה נוסח השטר בפנינו עדים ח״מ בא הנעלה הר׳ משה יצ״ו ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בקנין גמור וכתבו וחתמו ותנו ביד המעלה הר׳ יוסף להיות לו לראיה איך אני חייב לו חוב גמור סך ארבעה ואיבעי׳ אלף וארבע מאות לבנים ונתחייבתי לפרוע לו או לכל מוציא שטר זה בע״ו ובשמן ואפי׳ בלי הרשאה בזמן פ׳ והאמינו עליו כשני עדים כשרים ונאמנים על כל ענייני פרעון שטר זה בין בכולו בין במקצתו לומר לא נתפרעתי ביכורו הקל כל זמן שטר זה קיים ולא קורע קרע ב״ד או כתוב על גבו וס דבר הבטלו והכל באחריו׳ וחומר שקבל החייב הנז׳ עליו ועל יורשיו אחריו ושעבד כל נכסיו מקרקעי ואגבן מטלטלי כאחריות וחומר כל השטרות הכשרים וקנינא כל כל זה נוסח השטר ילמדנו רבינו יש לשון זה שכתוב והכל באחריות וחומר שקבל החייב השוכר עליו ועל יורשיו אחריו חוזר לכל מה שכתוב לעיל או אינו חוזר או אם יש שום זכות ליורשי מלוה להשביע מיורשי לוה כל זה יורינו מורינו משכ״ת יגדל אמן

תשובה במת לוה בחיי מלוה ואח״כ מת מלוה איקרי בפרק כל הנשבעין ואין בני מלוה גובין מבני לוה שכבר נתחייב מלוה שבועה ובני לוה נאין א״ס מורים שבועה לבנים אמנם כתב בע״ת בשער י״ד דאפילו לדברי החולקים על הרי״ף ז״ל וסוברים דהלכה כאבא שאול שאין הנאמנות מועיל על היתומי׳ מודו דלכתחילה בשטר דאית׳ ביה נאמנות עליו ועל יורשיו מהמלוה ויורשיו דיינינן כר״ח ולא מקילינן ביה תרי קולי קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וכ״כ הרב בעל המאור בשם חכמי נרבונא הגדולים וכ״כ הרשב״א והר״ן והריב״ש ז״ל בתשובותיהם וכ״כ הית בעל הטורים ז״ל בטור ח״מ סימן ק״ח וכן הסכימו גדולי האחרונים בספריהם ואע״פ יהא דכתב בע״ת בשער הנז׳ שצריך שיהיה נאמנות מהלוה ומיורשיו על הלוה ויורשיו ולא למימרא שאם לא האמין ליורשי המלוה א״מ נוגבה מיורשי מלוה א״א נבי יהות רלה לומר אם שוכין בלא שבועה כלל הוכיח לומר שאפי׳ ב כנאמנות אפילו ליורשי מלוה דבלא״כ ודאי לא כתב נאמנות ליורשי מלוה כל שכתב נאמנות למלוה עליו ועל יורשיו גובין ובשבועה וכ״כ בפירוש בספר הטורים סימן ק״ח וכן מפורש בדברי בע״ת בעצמו וכ״כ הרשב״א בדברי בתשובה שהעתיק הרב ז״ל בב״י בח״מ סימן ק״ח וכ״כ הריב״ש ז״ל בתשובה סימן ק״ח וקס״ט וכ״כ בפירוש בספר הקצר מרב ז״ל ח״מ סימן ק״ח סי״ג

אמנם אם אין כתוב בפירוש נאמנות עליו ועל יורשיו
אפילו האמין עליו למלוה ואבאי כהו אם מת
לוה בחיי מלוה ואח״כ מת מלוה אין בני מלוה גובין מבני
לוה אפי׳ בשבועה דמאחר דהלוה לא האמין למלוה אלא
עליו ולא על באי כחו משמת לוה כבר נתחייב מלוה שבועה
לבני לוה ואם מת מלוה אין בניו נוטלין אפילו בשבועה
דאין אדם מורים שבועה לבניו וכ״כ הרשב״א ז״ל בתשובה
סימן תקע״א וכן נראה מבואר בדברי הפוסקים הנז״ל ומה
שהרב ז״ל בספר הקצר סימן ע״א סי״ח כתב כלשון הזה
מת לוה בחיי מלוה ושטר שיש בו נאמנות סתם ואח״כ מת
מלוה היורשים גובים בשבועת היורשים כו׳ לאו למימרא
דבנאמנות סתם על הלוה ולא על יורשיו גובה בשבועה דזה
אי אפשר כמ״ש הרב ז״ל למעלה מזה אבל כונת נאמנות
סתם הוא לאפוקי שלא האמין למלוה ויורשיו עליו ועל יורשיו
דבהא אפילו שבועה אין צריך כימפרש ואזיל אבל אה״כ
שהאמינו עליו ועל יורשיו ותיהו כשהאמינו עליו ועל יורשיו
לא מצינו חולק שאינו גובה בלא שבועה אם האמין לו
וליורשיו ובשבועה מיהא אם לא האמין ליורשיו אלא לו לבד
איברא. שהרב הנמקי בפרק הכותב כתב כמלינו למרין
דלוה דכתב למלוה נאמנות תמנו ומיורשין כשמת
לוה ובא המלוה ליפרע מן היתומים יפרע אפילו שלא
בשבועה הילכך כשמת מלוה אחר מיתת הלוה יתומים של
מלוה נפרעין מיתמי לוה דכיון דלא היה המלוה חייב שבועה
לבני לוה לא תפיסן למיטפר מטעם דאין אדם מורים שבועה
לבניו זהו דעת רבינו אלפאסי והרמב״ם והגאונים והרמב״ן
ז״ל אבל דעת ר״ח וכל חכמי נרבונה דאפי׳ נאמנות מפורש
לא מהני בתובעת כתובתה כו׳ לפיכך אם מת מלוה אחר
לוה אין בני מלוה יכולין לגבות כלום שהרי אביהם היה
חייב שבועה ואין אדם מורים שבועה לבניו ע״כ הרי
מבואר שלדעת ר״ח וכל חכמי נרבונה אפילו כשהאמין הלוה
למלוה עליו ועל יורשיו כל שמת לוה בחיי מלוה ואח״כ
מת מלוה אפילו בשבועה לא גבי ואני תמיה הרבה שהוא
ז״ל כתב כן בשם כל חכמי נרבונה ור״ח ואלו הר״ב המאור
והבע״ה וכל הפוסקים הנז׳ לעיל כתבו בשם חכמי נרבונה
בהפך דאם האמינו עליו ועל יורשיו אפילו מת לוה בחיי
מלוה ואח״כ מת מלוה גובין בני מלוה מבני הלוה בשבועה
גם הרשב״א ז״ל בתשובה העתיקה הרב ז״ל בח״א סי׳ ק״ח
כתב בשם ר״ח הפך מ״ש הרב בעל הנמקי ז״ל בשמו ולכן
נ״ל שמ״ש הרב הנמקי אחר דברי ר״ח וחכמי נרבונה
לפיכך אם מת מלוה אחר לוה כו׳ לאו סיום דברי ר״ח וחכמי
נרבונה הם אלא הם דברי עצמו שדן כן לפי סברת ר״ח
וחכמי נרבונה ז״ל שהוא ז״ל ראה שדעת הרי״ף והגאונים
דנאמנות מפורש מועיל לגבי יתומים ודן לדעתו דאפי׳ מת
לוה בחיי מלוה ומת אח״כ מלוה שבני מלוה גובין מבני לוה
בשבועה וראה לר״ח וחכמי נרבונה ז״ל שנאמנות מפורש
לא מהני ודן לדעתם דכיון דהנאמנות אפילו מפורש לא
מהני אע״פ שהאמינו עליו ועל יורשיו אם מת לוה בחיי
מלוה ואח״כ מת מלוה אינם גובין מנכסי לוה אפי׳ בשבועה
שהוא ז״ל לא ירד לחלוק שכתבו הפוסקים דכיון דדייקא
דעבד כר״ח עבד תרי קולי לא עבדינן ולפי זה דברי הרב
הנמקי ז״ל הם דברי יחיד ולא משגחינן בהו וכדברי שאר
הפוסקים נקיטינן דרבים נינהו ומסתבר טעמייהו וכן
הסכימו גדולי הפוסקים בספריהם מהרי״ל ז״ל מ״א כלל
י״ב סוף סימן ס״ט וע״א מהרש״ך ז״ל ח״א סי׳ ק״ן וקע״ז
וח״ב סי׳ ל״ז ורל״ז וח״ג סי׳ ע״ג ומשפטי שמואל סי׳ נ״ב
וס״א והרדב״ז ז״ל בתשובה כ״י והרשד״ם ז״ל בחלק א״ה סי׳

קי״ו קע״ר ורי״ו ורכ״ט איברא דבסימן ק״ט מהחלק הנז׳
חוכך בזה ומתוך דבריו נראה דיש להוש לסברת הסוברים
דאין שום פיטור מועיל ליורשים אפי׳ במת לוה בחיי מלוה
אמנם מי שיסתכל בדבריו בסימן קי״ד קל״ב וקל״ד וקע״ר
וקנ״ט ורי״ו ורכ״ט ישפוט בצדק ומה שכתב בסי׳ ק״ט דאפי׳
נאמנות בפירוש לא מהני במת לוה בחיי מלוה לקס״ד כתב כן
ולמסקנא ס״ל דמהני שהרי בסימנים הנז׳ השכים ומהני
ולאו דוקא נאמנות מפורש אלא נאמנות כו׳ כמו שנראה
מקלת סימנים הנז׳ ומדבריו שבסי׳ ק״ט יש לי מן הקושש
עמדתי עליה׳ במקום אחר (הגה״ה בתשובה אחרת מהחלק
הזה סי׳ ס״ו כתבתי שמדברי הרב בעל הטורים ז״ל ח״מ סי׳
ע״א יש לדקדק כדברי נמקי יוסף וא״כ ה״ל תרי הרב הנמקי
והרב בעל הטורים ז״ל ויכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו
ומ״מ כתבתי בתשובה סי׳ מ״ז מהחלק הזה בהגה״ה דהרב
הנמקי איננו מן המנין בנדון זה מכח שרוב חולקין הם
מהריטב״א והמסתכל בדברי הריטב״א יראה בבירור דלא
כותיה הילכך אפילו אם הרב בעל הטורים ז״ל יסבור דאפי׳
נאמנות מפורש לא מהני במת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת
מלוה יחיד הוא בדבר הזה ואין המוחזק יכול לומר קים לי
כותיה וכן העליתי בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן ע״א
בהגהת ב״י אות ל״ג ועיין שם בהגהת הטור אות ס״ה ע״כ
ההגה״ה) וגדולה מזאת כתבו הרשד״ם ז״ל בסי׳ הנז׳ ומהרש״ך
ז״ל ח״ב סימן ל״ז דכל שכתוב בשטר נאמנות כו׳ אע״פי שאין
שם בפירוש ליורשין הרי הוא כאלו כתוב נאמנות מפורש וכ״כ
מהר״א ששון ז״ל בסימן כ״ג ומהרש״ח ז״ל בתשובה סימן ל״א
ומהר״י הלוי ז״ל סי׳ י״ט ומהר״ש הלוי ז״ל ומהר״ש די ברוך
ז״ל הובאו דבריהם במהר״י אדרבי ז״ל סימן שכ״ו ושכ״ז
ואע״פי שהרא״ד״ב ז״ל בתשובה כ״י סי׳ ז׳ חולק אין דבריו
עומדים בפני כל הני רבוותא שזכרנו למעלה ומהרש״ך ז״ל
בח״א סימן ק״ן וח״ב סימן ל״ז ורל״ו וח״ג סי׳ ע״ג כתב דכל
שנוהגין לכתוב בשטרות נאמנות אע״פי שלא נכתב באחד
מהם כמי שנכתב דמי אבל מהרש״ח ז״ל בתשובה סימן ל״א
כתב דלאחר דהגאון והרשב״א והריטב״א ז״ל ס״ל דאם לא
נכתב הנאמנות לאו כמי שנכתב דמי אין לנו לעשות מעשה
כדברי הרא״ש וכן מצאתי למהר״א ששון ז״ל בתשובה כ״י כת׳
כמה פעמי׳ בא מעשה לידינו בשטר שאין בו נאמנו׳ והשבענו
את המלוה ע״כ(הגה״ה עיין בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ
סי׳ ע״א בהגהת ב״י מאות י״ט עד אות כ״ד)
אחר שכתבתי זה חזו דאתאי לכ״ר שאין כתוב נאמנות
בפירוש לו וליורשיו אלא לו דוקא בהא כ״ע ל״פ
דלא מקרי נאמנות מפורש אפי׳ למ״ד דנאמנות כו׳ הוי
כנאמנות מפורש דלא אמרינן הכי אלא כשכתוב בשטר
נאמנות אבל אם כתוב נאמנות מפורש עליו כגון דידן ותו
לא אין בכלל זה יורשים (הגהה אחר זמן רב נדפסו
תשובות מהר״ם יונה ז״ל וראיתי כן שם בסימן ס״ט ע״כ
ההגהה) אך מה שנסתפק השואל אם ס״ם אח״כ והכל
באחריות וחומר שקבל עליו ועל יורשיו האי עליו ועל יורשיו
קאי גם לנאמנות וגובין יורשי מלוה מיורשי לוה בשבו׳ או
לא קאי אלא למאי דסליק מיניה ולא גבו אפי׳ בשבועה
לכאורה נראה דלא קאי אלא למאי דסליק מיניה שהרי כתב
הרב ז״ל בב״י חלק א״ה סימן קכ״ט שמלא כתוב בתשובות
אשכנזיות שיש לכתו׳ תגלם המכונה זיפש בר אורי ולא שגול׳
בר אורי המכונה ויפש כו׳ מכאן שמשמע דאין לפרש המכונה
אלא למאי דסליק מיניה הכא נמי פשט הלשון למאי
דסליק מיניה גם הרשב״א ז״ל בתשוב׳ הביאה הרב ז״ל בב״י
ח״מ סי׳ מ״ט מתחלין ט׳ כתב דאם כתב יוסף בן שמעון כו׳
תנ״ר

לנ"ר לא קאי אלא לשמעון שלפניו לא ליוסף שלפני פניו וביומא פ"ק מספקא ליה לתלמודא בהא דכתיב היא השיר הגדולה אי קאי אחרן או אכינוה וכתבו שם התוס' תימא אמאי לא קאמר דקאי אכלא ושליק מינה •

אבל כל מעייני' שפיר אשכחינן דאין מכל המקומות האלו ראיה לנ"ר דבאלו המקומות לא מצי קאי לתרווייהו ומ"ה מפרשינן דקאי למאי דסליק מיניה אבל בנ"ד דמצי קאי לתרווייהו מי האומר דלא קאי לכל הנז"ל ואפילו לנאמנות והרי כתבו התוס' בפ"ק דחגיגה גבי מאי דבעי רב חסדא האי קרא היכי כתב וישלח את נערי בני ישראל כו' פרים או דילמא אידי ואידי פרים למאי נ"מ לפיסוק טעמי' וכתבו התוס' ולא דמי לה' מקראות שאין להם הכרע ולא אזלי' בתר פסוקי טעמא דהתם לא מצי קאי רק לחד מינייהו אבל הכא מצי קאי לתרווייהו ע"כ הרי היכא דמצי קאי אתרווייהו אמרינן דקאי אתרווייהו והכא נמי בנ"ד כיון דמצי קאי אתרווייהו אמרי' דקאי גם לנאמנות ומה גם כיון דדינא דרב ושמואל חדושא הוא והכי דלא להוסיף עוד גם דייני' דעבד כר"א עבד ולא דיינינן ביה תרי קולי קולא דרב ושמו' וקולא דעליו ועל יורשיו

ועוד אני אומר דאפי' כימא דהיכא דמצי קאי לתרווייהו כיון דהוי בעיא דלא איפשיטא המע"ה היכא דלא מצי קאי אלא לפני פניו ולא למאי דסליק מיניה לכ"ע אפי' למ"ד מקרא נדרש לפניו ולא לפני פניו אמרי' דקאי אלפני פניו ולא אפניו כדאשכחן דוד בן ישי מלך ישראל שאול בן קיש מלך ישראל יהושע בן יהוצדק דכולהו הני לא מצי קאי אלא אלפני פניו ולא אפניו דישי אבי דוד וקיש אבי שאול לא היו מלכים ולא קאי מלך ישראל אלא אלפני פניו ולא אפניו גם יהושע בן יהוצדק הכהן וגו' הכהן הגדול לא מצי קאי אלא אפני פני איהושע ולא אפניו איהוצדק דיהוצדק לא היה כ"ג כדכתבו התוס' בפ"ק דיומא וכל"ב מדות דר"י הגלילי איתא מתוקים שהוא מאחר ונר אלהים טרם יכבה ושמואל שוכב בהיכל ה' דהאי בהיכל ה' קאי אנר דלעיל דשמואל לא היה שוכב בהיכל ה' (הגהה עיין בתשובות מהרח"ש ז"ל חלק א"ה סי' ב' ג') וא"כ בנ"ד דא"א דקאי למאי דסליק מיניה דהיינו על האחריות שקבל דבעינן אחריות אין מקום לומר עליו ועל יורשיו דכיון דהוא קבל עליו אחריות נשתעבדו לו נכסיו לאחריות חוב זה ונפרע אפי' מיורשיו כיון דנכסי הלוה נשתעבדו למלוה אבל אם נאמר דקאי לעיל דהיינו הנאמנות ניחא דהוצרך הבדר לאומרו ולפרש עליו ועל יורשיו מכבי שאם לא היה מפרש עליו ועל יורשיו אף אם האמינו עליו אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה לא היו גובין יורשי מלוה מיורשי לוה אפי' בשבועה כדכתבינן

ועוד אני אומר דאפי' שבלשון השטר מסופק אי קאי גם לנאמנות או לא קאי אם מנהג המדינה לכתוב בשטרות נאמנות מפורש פשיטא ופשיטא דיש לנו לומר דקאי נ"כ על הנאמנות דלא גרע היכא דמפורש בשטר עליו ועל יורשיו ויש ספק אי קאי לנאמנות או לא מהיכא דלא נכתב כלל עיקר דאמרינן אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי לדעת מהרש"ך ז"ל ואפי' למהרש"ח וסיעתו החולקים עליו היינו דוקא בשלא נכתב נאמנות כלל עיקר אבל הכא שכתב נאמנות ומנהג המדינה לכתוב נאמנות מפורש ודאי אמרינן דהאי עליו ועל יורשיו קאי גם לנאמנות כמנהג המדינה

אלא דמילתא דעתי הקלה נוטה דמ"מ בשטר עליו ועל יורשי קאי גם לנאמנות מהטעמים האמורים לעיל דאפי' בלא זה דיינא דעבד כר"א עבד וגובין יורשי המלוה מיורשי לוה בשבועה הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ס"ח

ברוסה להחכם השלם כמה"ר דוד אלגאזי נר"ו שנת הת"ל

שאלה ילמדנו רבינו ראובן לוה משמעון מלוה בשטר בערבות בנו חנוך ובשטר לא נכתב נאמנות עליו ועל יורשיו ומת ראובן בחיי שמעון ואח"כ מת שמעון ובאים יורשי שמעון לתבוע מחנוך יורש ראובן חוב השטר שהיה חייב ראובן ויורש ראובן טוען שאת פרע אבי לאביך יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה בשטר שאין נאמנות על הלוה ועל יורשיו אף אם יש נאמנות על הלוה הסכימו הפוסקים שאם מת לוה בחיי מלוה אין יורשי המלוה נשבעין ונוטלין דאין אדם מוריש שבועה לבניו כרב ושמו' דאמרי הכי בפרק כל הנשבעין ואף אם יש ערב על המלוה אין נפרעין מן הערב משום דערבא בתר יתמי אזיל כדאיתא בגמרא פרק כל הנשבעין והסכימו הפוסקים דאין חילוק בזה בין ערב לחוד לערב קבלן דבכולהו אין נפרעין מהם ושמא תאמר אם בנדון דידן אתחזק דלא הו"ל ללוה כלל ולא הניח להם אביהם כלום גובין יורשי המלוה מהערב בשבועה כיון דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל כמ"ש הרב בעל הטורים וה"ה ז"ל בשם הרמ"ה והסכים הרב בעל הטורים כדבריו וכן פסק הרב ז"ל בספר הקצר הא לאו מילתא היא שהרי הרב ר' משה בירבי יוסף והרב בעל המאור ז"ל חולקים בדבר וסוברים דאפי' לא הניח אביהם כלום הרי הערב הולך עם היתומים הואיל ועשה חסד עם אביהם שנעשה לו ערב וכן דעת הרב בעל התרומות ז"ל בשער י"ד וכפי דברי הרב בעל הטורים ז"ל כל אותם הגדולי' שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ק"ח וסוברים דמלוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אפי' מנכסי דידהו והכללם הרשב"א ז"ל סוברים כסברת הרב ר' משה בירבי יוסף וסיעתו ז"ל וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אוקי ממונא בחזקת מריה וכל זה פשוט

הן אמת שאני מסתפק בנ"ד שבן הלוה עצמו הוא ערב שמא לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו דמ"מ לא קאמרינן דאפי' דאיכא ערב אין בני המלוה נשבעין ונוטלין אלא כשערבו' יוצא החוצה לאיש זר אשר אינו ראוי ליורשו ומטעמא דכיון דערב בתר יתמי אזיל הו"ל כיתומים מן היתומים וכמו שכתב רש"י ז"ל אבל בנ"ד שהערב הוא בן הלוה עצמו דהשתא ליכא טענה דערבא בתר יתמי אזיל הו"ל כפורע מן הלוה עצמו דאין צריך שבועה אלא בדטעין אשתבע לי דלא פרעתיך ולא מצאתי מי שיאיר עיני בספק הזה זולת הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש נ"א שכתב בלשון הזה ואפי' את"ל דגם הבעל נתחייב בכ"ז וא"נ דלא נשתעבד בתוך השטר ותרצה לדמותו למלוה לחבירו ע"י ערב וקי"ל דאין היורשים גובין מן הערב היכא דמת לוה בחיי מלוה

מ"מ נראה לע"ד מאחר דבשעת מיתת האשה שהוריש בדונייתא ליורשיה פקע כח היבם בנכסי המת אם היו לו נכסים ונשאר החוב המשועבד יורש שהרי הוא קודם לכל ינוקי ירוקי ואין כאן שום גבוי כי אם מן הבעל עצמו שהיה משועבד לו השפיר מלו יורשיה לגבות ממנו באחר

מאחר דלא יחזור הא"ב על יורשי הנעל שהרי הוא נעשה יורשו וכל כה"ג שייך לומר הבו דלא לוסיף עלה ע"כ הרי שהסכימה דעת הגאון ז"ל שכל שהערב הוא היורש דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל נפרעין היורשין בשבועה שלא פקדנו א"א והיינו נדון דידן ממש וכזה ראיתי להרב כנה"ג סימן רמ"ז שהביא דברי הגאון מהר"י קולון בטור ח"מ סי' ק"ח בסוף אות ל"ב

ומלבד שדברי הגאון ז"ל הנם ברורים וחזק כי חזקים הם כראי מוצק אם מכח שהסברא בעצמה סברא נכונה וישרה ורובה אל הדעת אם מכח שדבר רבינו הגדול מהר"י קולון ז"ל אמרו ראוי לכל מורה ללכת אחריו אפילו יאמר על שמאל שהוא ימין כ"ש בדבר שהסברא מכרעת בדבריו מצאתי לו סמוכות מדברי הפוסקים רובם ככולם שהנה ה"ה ז"ל והרב בעל הטורים כתבו בשם הרמ"ה ז"ל שזכרתי למעלה דכל שלא הניח הלוה נכסים דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל נפרעין מן הערב והכא נמי בנדון מהר"י קולון ובנדון דידן דהערב עצמו הוא היורש דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל נפרעין מן הערב ואפילו לחולקים על זה וסוברים דאפי' דלא הניח הלוה נכסים אין נפרעין מן הערב היינו משום דסוף סוף ערבא בתר יתמי אזיל הנא"ל ועשה חסד עם אביהם שנעשה לו ערב אבל בנ"ד דליכא למימר הכי לכ"ע נפרעין מן הערב והרב בעל הטורים ז"ל בסימן ק"ח והריב"ש ז"ל בתשובה סימן תפ"ב כתבו דאפי' החולק בערב בלקוחות יודה שהרי עביד איניש דזבין ארעא ליתמי ולא עשה חסד לאביהם ע"כ ואם בלקוחות מודו כ"ש בנ"ד ואם תרצה לראות דהשתא בנדון הפוסקים דאינו חוזר על היורשים כלל והיורשים אינם פורעים כלום אלא הערב ניחא דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל אבל בנ"ד אע"פ שאינו חוזר על היתומים מ"מ הרי נפרע מהערב שהוא היורש עצמו ונמצא נפרע מנכסי יתומים אין זה כלום דאם נפרע מן היורש עצמו אינו נפרע מדין נפרע מנכסי יתומים אלא נפרע ממנו מדין ערב וכיון שאינו נפרע ממנו מדין נכסי יתומים אלא מדין ערב ליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל

ואם לאסף אדם לומר אפי' תימא דבנ"ד הוי כנפרע מן הלוה עצמו מה בכך הרי אין המלוה בפנינו כדי שישבע על טענות הלוה אלא יורשיו וכתוב בספר הטורים ז"ל בסימן פ"ב בשם רב שר שלום גאון דכיון דאין המלוה כאן כדי שיוכל לישבע נפטר הלוה אחר שישבע אף אתה הקהה את שיניו ואמר לו הא ליתא שהרי הרי"ף ז"ל וכל הפוסקים רובם ככולם חולקים על הרב שר שלום גאון ז"ל בזה וסוברים שהיורשים נשבעים שבועת היורשים ונוטלין כ"ש לי"א שכתוב בספר הטורי' ז"ל בסימן הנז' שאפי' שבועה אין צריכין וכתבו מהרש"ך בח"ב סימן רל"ו והרלנ"ח ז"ל בתשובה סי' ק"ט שסברת הרב שר שלום גאון ז"ל היא דחויה אצל הפוסקים ולא מצי המוחזק לומר קים לי וכן נראה דעת מהר"י אדרבי ז"ל בסי' שכ"ח ואפי' לדעת הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן רכ"ד שהמוחזק יכול לומר קים לי וכן הסכמתי בתשובת שאלה אחרת וישבתי סברת רב שר שלום ז"ל כפי סוגית הגמרא בנ"ד לכ"ע נשבעין ונוטלין דע"כ לא פליגי רב שר שלום גאון ובני מחלוקתו אלא שהלוה טוען בכה וזה אומר בכה אבל כשהלוה אינו טוען בבריא פרוע הוא אלא שמא פרוע הוא כנ"ד אף רב שר שלום גאון מודה דנוטלין וזה תלמוד ערוך הוא בפרק כל הנשבעין דמתמהינן עלה דתנן וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה ממאן אילימא מלוה אבוהון שקיל בשבועה ואינהו בלא שבועה ה"ק וכן היתומים מהיתומים לא יפרעו אלא בשבועה ע"כ ומיירי במת מלוה בחיי לוה כמבואר שם אף כאן כיון שאין טענת הערב פרעתי אלא שמא פרע אבי הנ"ל יתומים מן היתומים וכל דליכא טעמא ואין אדם מוריש שבועה לבניו נשבעין ונוטלין ועוד אפי' דבנ"ד אין כתוב נאמנות על יורשי הלוה מאחר שיש נאמנות על הלוה עצמו אפי' לרב שר שלום גאון נוטלין בלא שבועה כיון שאלו היה מלוה קיים וטוען פרעתיך היה נוטל בלא שבועה הכי נמי יורשיו נוטלין בלא שבועה

וגדולה מזו כתב מהרש"ך ז"ל בח"ב סימן רל"ו דאם מנהג המדינה לכתוב נאמנות בכל השטרות אם לא נכתב בשטר א' כמי שנכתב דמי ואפי' למהרש"ח ז"ל בסימן ל"א ושיעתו החולקים על מהרש"ך בזה בשטר זה שכתוב אחריות וחומר והוזק שטר זה כאחריות וכו' וחזק כל שטרי חובות הכשרים לכ"ע נוטל בלא שבועה דהרי הוא כאלו כתוב נאמנות ומיהו אין צורך לזה בנ"ד שכתוב בו נאמנות וכל זה כשהערב טוען שישבע על טענתו אבל אם אינו טוען שישבע על טענתו אף אם טוען פרעתי לא שייך כאן מחלוקת רב שר שלום גאון כמבואר בהרלנ"ח סי' ק"ט

כללן של דברים בנ"ד שהערב הוא בן הלוה יורש ושלו הם אין שם בן אלא הוא נוטלין בני המלוה כל הסך הנזכר מבן הלוה ובשבועה דלא פקדנו אבא אם היו גדולים בשעת מיתת אביהם או שלא מצאנו שטר אם היו קטנים בשעת מיתת אביהם ואם יש נכסים אחרים ואין ערבין גובין בני המלוה מבן הלוה הערב מה שנוגע מחלקו בירושה אבל חלק הנוגע לאחיו אינו נוטל אפי' בשבועה דהיינו דין ערב האמור בגמרא דמסקינן דכיון דערב בתר יתמי אזיל הוא בכלל דאין אדם מוריש שבועה לבניו

ומטה שצריך שתיטהו דכל זה כתבתי בהנחה דבנ"ד אין כתוב נאמנות על יורשי הלוה ושוב הכלתי דאפילו דבנ"ד אין כאן נאמנות מפורש ליורשי הלוה מאחר שהערב הוא היורש עצמו נוטלין ממנו בני הלוה ואין אנו צריכין לטעם' שכתבתי לעיל בשם מהר"י קולון ז"ל דכיון דהערב הוא בן הלוה והוא היורש ליכא טעמא דערב בתר יתמי אזיל אלא מטעם אחר והוא זה דכיון דבנוסח השטר כתוב שלוה הלוה ושיעבד הערב ואחר זה כתוב וכל זמן ששטר זה קיים יהיה נאמן המוציאו כשני עדים כשרים בלי לחייבו שבועה ואפילו חרם סתם ובכל תנאי סופר ואחר זה כתוב וקבלנו מיד הלוה והערב וגם נשבעו שבועה חמורה לגמור ולקיים כל הנז"ל למעלה הרי משמעות דברים אלו שגם הערב שהוא בן הלוה האמינו למלוה עליו וכיון שכן הוא שוב אין כאן דאין אדם מוריש שבועה לבניו דמעולם לא נתחייב מלוה שבועה אפילו במת הלוה מחמת הנאמנות וכבר עלתה הסכמת בעה"ת והרשב"א והר"ן והריב"ש ז"ל ומהריב"ל ומהרשד"ם וכל גדולי האחרונים ז"ל דאפילו לחולקים על הרי"ף וסוברים דאפילו כתוב בפירוש ליורשים לא מהני במת לוה בחיי מלוה לא דייני כן כרב ושמואל דתרי קולי לא עבדינן וכמ"ש הרב בעל העיטור ז"ל בשם חכמי נרבונה ז"ל ועם שנמקי יוסף בפרק הכותב הביאו הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ע"א כתב אבל דעת ר"ח וחכמי נרבונה דאפילו נאמנות מפורש לא מהני בתובעת כתובתה כו' לפיכך האשה שתובעת כתובתה חייבת לישבע וכן המלוה שבא לגבות מבני לוה הילכך כשמת מלוה אחר לוה אין בני מלוה יכולין לגבות מבני לוה שהרי אביהם היה חייב לישבע ואין אדם מוריש שבועה לבניו ע"כ כבר כתבתי בתשובה אחרת בסי' ס"ד והיא התשובה שלמעלה מזו דמ"ש ב"י הילכך אם מת מלוה אחר לוה אינו בשם חכמי נרבונה

אלא

אלא דברי עצמו. הם שאין מסברא. חכמי ברבותא בסוברים דאין בזה כלום. דהני דה"ה ולא מהני במת לוה בחיי מלוה ומברת יחיד היא נגד כל גדולי האחרונים. שזכרתי (הגה"ה עיין במ"ש בהגהת בסי' ס"ז ובמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ע"א בהגהת הטור וב"י ע"כ הגה"ה) איברא שראיתי להרשד"ם ז"ל בחלק א"ה חוכך בזה ומתוך דבריו נראה שיש לחוש לסברת הסוברים דאין שום פיטור מועיל לגבי יורשים אפילו במת לוה בחיי מלוה. אמנם מי שיסתכל בדבריו בסי' קי"ר וקל"ב וקל"ו וקט"ר וקכ"ט וריו ורכ"ט ישפוט בצדק דמ"ש בסי' ק"ט דאפי' נאמנות בפירוש ליורשים לא מהני במת לוה בחיי מלוה לקמ"ר כתב כן דלמסקנא ס"ל ז"ל דמהני שהרי בסימני' הנז' הסכים דמהני ובקצת הסימני' הנז' הסכים דלאו דוקא נאמנות מפורש אלא נאמנות כו' מהני

וזה לי על הרשד"ם ז"ל בסי' ק"ט שכתב כלשון הזה וא"ת הרי כתב הריב"ש ז"ל והביאו ב"י דאפילו לחולקים ושותפים דנאמנות מפורש לא מהני ליורשים כשמת המלוה אין היורשים משביעים ע"כ והע"פ שלע"ד אינו נראה כן לפי דעת הטור ז"ל שכתב וז"ל ור"י פסקו כאבא שאול דלא מהני כלל לגבי יורשים אפי' פירש לי וליורשי ולזה הסכים א"א ז"ל ע"כ. לשון הרשד"ם ז"ל ואני תמיה הרבה דמה ענין זה לזה שדברי הרב בעל הטורים ז"ל הם כשהמלוה קיים ומת הלוה שהפטור לא מהני ליורשי הלוה אבל דברי הרב בעל הטור הם במת ג"כ מלוה דהתי קולי לא עבדינן קולא דאבא שאול ו ולא דרב ושמואל וכתרומה שהבין הרשד"ם ז"ל בדברי הרב בעל הטורים ז"ל במ"ש לא מהני כלל לגבי יורשי' אפילו פירש לי וליורשי דלגבי יורשי מלוה קאמר. וא"א הוא דלגבי יורשי לוה קאמר והמלוה חי אבל כשהמלוה ג"כ מת דאם אנו אומרים אין אדם מוריש שבועה לבניו משביעים יורשי המלוה מכל וכל. לא דיינינן הרי קולי קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל. ושפי' כתוב בטור ח"מ סימן ק"ח דאם האמין גם ליורשי המלוה אפי' אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה יורשים נוטלין בלא שבועה

ועוד אני אומר דאפילו כזה להרב הנמקי ז"ל דלאו דס"ל דאפי' פיטור בפירוש לא מהני ליורשים ה"ה דלא מהני במת לוה בחיי מלוה בנין דיין שיש קנין בשטר מהני שהרי כתב הריב"ש ז"ל בתשובה סי' ק"ח שלדעת ר"ח נאמנות בפירוש ובקנין מהני ללקוחות ע"כ ואם ללקוחות מהני כ"ש ליורשים דאפילו תימא דלמאן דס"ל דפטור בפירוש לא מהני ליורשים והוא ר"ח ז"ל לא מהני ללקוחות אפי' שקנו מידו ליורשים פשיטא מהני שקנו מידו וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י א"ה סי' צ"ח וז"ל אם יש נאמנות בכתובה בפירוש נוטלת היא אף שלא בשבועה כו' וכן דעת הרי"ף ור"ח ז"ל וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ ר"ח ז"ל ע"כ מיהו קשה לי בתשובה זו מינה ובה ותשובה זו ללשון הרא"ש ז"ל שהביא הרב ז"ל בב"י סי' הנז' סמוך לזו מינה ובה קשה שבתחלת דבריו שכתב אם יש נאמנות בכתובה בפירוש נוטלת היא אפי' שלא בשבועה וכן דעת הרי"ף ור"ח ז"ל נראה' דר"ח כסברת הרי"ף ז"ל קאי דנאמנות מפורש מהני ליורשים ודלא כמ"ש א"א וכ"ש אם קנו מידו וזה דעת ר"ח ז"ל כו' שר"ח הוא מהסוברים דבלא קנין אפי' נאמנות מפורש לא מהני ליורשים ואלת"ה מה צורך לומר שיטתו דבקנו מהני כיון דאפי' בלא קנו מהני אלא ודאי שיטתו דאם לא קנו מידו לא מהני ולא נכחד ממני שאיפשר לפרש דה"ק דעת ר"ח כהרי"ף דפיטור מפורש מהני ליורשים וכ"ש אם קנו מידו דמהני אפי' למ"ד דאפי' פיטור מפורש לא מהני וכ"כ ר"ח ז"ל דאפי' מאן דס"ל דפטור אפילו מפורש לא מהני ליורשים אם קנו מידו מהני אבל אין דברי הרשב"א מורות כן גם דברי תשובת הריטב"א ז"ל וב"ה אינם מורות כן וגו' דאפי' תימא הכי ק' מתשובה זו לדברי הרא"ש שהרי בתשו' זו הסכים לדברי הרי"ף והרא"ש ז"ל כתב כלשון הזה מיהו ר"ח פסק כרבנן דלא דפי' כשטרו בפירוש בהדייא מן היורשי' וכה"ג איכא לאקשויי במ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ע"א וז"ל ודוקא כשטר הכי מועיל כשבא לגבותו מן הלוה בה"א איכא פלוגתא דר"ח ז"ל כתב דאע"פ שמועיל לגבי יורשי' אינו מועיל לגבי לקוחות כו' שמזה נראה שיטת ר"ח כדעת הרי"ף ז"ל דפטור בפירוש מהני ליורשים ואלו הרב ז"ל בב"י שם כתב בשם הר"ן והוא כ"י שיטת ר"ח דאפילו נאמנות בפירוש לא מהני וזו הרובא בעלמא קשה בדברי הרב בעל הטורים ז"ל בא"ה סי' צ"ח שכתב וכ"כ רבינו חננאל מעשים בכל יום שאין נפרעין מנכסים המשועבדים אלא בשבועה אע"פ שיש להם נאמנות ומהיורשים בלא שבועה וא"ו ומנה מזה כתב ור"ה ור"י פסקו כאבא שאול דלא מהני כלל גבי יורשין אפי' פירש לי וליורשי ולזה הסכים א"א ז"ל ע"כ ודבר כרגש מדברים. אלו שכ"ה מהר"ם ז"ל בתשובותיו סי' ל"א ונ"ל. דמ"ש בתשובת הרשב"א ז"ל וכן דעת הרי"ף ור"ח ז"ל הוא ט"ס וכן צ"ל וכן דעת הרי"ף וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ ר"ח ז"ל ע"כ וקצת סעד לזה דאם מ"ש בספרים וכן דעת הרי"ף ור"ח ז"ל הוא אמת אין סדר להבנה שהיה לו להזכיר לר"ח קודם רי"ף שר"ח קדם להרי"ף בזמן והוא רבו וכי עתה הרחיב ה' לנו ונוכינו לדין שמ"ש בשם הרשב"א ז"ל וכן דעת הרי"ף ור"ח ז"ל הוא טעות סופר ולא הוזכר דברי ר"ח בתשובת הרשב"א ז"ל הלא גבי קנין אחר השטה שמ"ש בספר הטורים בא"ה סי' צ"ח שרבינו חננאל אמר שמעשים בכל יום שנפרעין מהיורשים בלא שבועה מיירי בשקנו מידו דאז מועיל לגבי יתומים אבל לא לגבי לקוחות שאין הנא' מועיל לאבד ממון אחרים כמ"ש הרשב"ם בבכו"ר מה"מ וא"כ אח"כ ור"ח פסק כאבא שאול דלא מהני פיטור בפירוש מיירי בלא קנו מידו וכמ"ש בספר הטורים שהוא לזה וכתב ר"ח ז"ל ודוקא דלא קנו מיניה וכן מתבאר מדברי הריטב"א ז"ל בתשובה שהביאה הרב ז"ל בב"י סי' הנז' וכן מ"ש בספר הטורים ח"מ סימן ע"א בשם ר"ח דבכתוב הועיל לגבי יורשים מיירי בשקנו מידו ומ"ש הרב ז"ל שם בשם הרב הנמקי בשם ר"ח מיירי בלא קנו מיניה

ועדיין לא הונח לנו דלפי המסקנא שלמעלה דלדעת ר"ח דבקנו מידו מהני לגבי יורשים נפיק דבלקוחות אפילו קנו מידו לא מהני שכן כתב מעשים בכל יום דאין נפרעין מן הלקוחות אלא בשבועה והיורשים בלא שבועה ע"כ והיורשים מיירי בדקנו מיניה מיכה דבלקוחות אפי' קנו מידו לא מהני ואלו הריב"ש ז"ל בסי' ק"ח כתב בשם ר"ח דבפיטור בפירוש וקנו מידו מהני אף ללקוחות וכ"ל דהריב"ש ז"ל הבין כן בדעת ר"ח ז"ל והרב בעל הטורים ז"ל לא הבינו כן ובדעת ר"ח ז"ל ביהן קשה שהרב בעל הטורים ז"ל בא"ה סי' צ"ח כתב שמסקנת הבין כר"ח דאפילו נאמנות בפירוש לא מהני ליורשים ואלו בטור ח"מ סי' ע"א כתב בשם הרא"ש דגבי יורשים מהני ואפילו תאמר דמ"ש בספר הטורים ז"ל בא"ה סימן ע"א הכל גבי יורשים מהני הוא דעת עצמו והיינו מדברי הרא"ש ז"ל יקשה עלינו איך סתם דבריו דלא כדעת אביו ז"ל ועוד דבתשובה כלל ע"א סי' ו' נראה מדבריו דס"ל להרא"ש ז"ל דפטור בפירוש מועיל לגבי יורשים וכמ"ש הרב ז"ל בא"ה בספר בדק הבית

שוב ראיתי למהר"ם ז"ל בתשובה הנז' כרגש מזה אלא שראיתי לו ז"ל שם שהוקשה לו מספר הטורים ח"מ סימן ק"ח שם הסכים הטור כדעת הרי"ף ז"ל הכך שה

שהשכים כת"ה ואני בעניי נ"ל שמדברי הטור שבח"מ סימן ק"ח ליכא הוכחה דס"ל דמהני ליורשים פטור בפירוש כדעת הרי"ף ז"ל דהתם במת לוה בחיי מלוה קא עסיק ולפיכך כתב דאם כתב נאמנות בפירוש נשבעין ונוטלין דבהא אפילו הפוסקים דס"ל דנאמנות בפירוש לא מהני לגבי יורשים במת לוה בחיי מלוה מהני דלא עבדינן תרי קולי כמ"ש בספר המאור בשם חכמי לרבונה ונמשכו לדעתו כל הפוסקים זולת הרב המגיד אבל מ"ש בסימן ע"א קשיא וצ"ע (הגה"ה עיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ע"א בהגהת הטור אות ס"ב מ"ש עוד בזה ע"כ ההגה"ה)

וחוזר אני אל מ"ש הרב ז"ל בספר בדק הבית בטור א"ה סימן כ"ח דמדברי הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ע"א סי' ו' נראה דס"ל להרא"ש ז"ל דנאמנות בפירוש מועיל לגבי יורשים ואני בעניי עיינתי בדברי הרא"ש ז"ל בסימן הנז' ולא מצאתי גילוי בדבריו דסובר דפטור בפירוש מהני לגבי יורשי' אלא שכתב נראה לי סברא נכונה דנאמנות לא יועיל לגבי לקוחות ליכא למידק מינה הא לגבי יורשים מהני דאה"נ דאף לגבי יורשים לא מהני אלא משום דנ"ל לקוחות הוה נקיט בלישניה לקוחות איברא שבסי' ד' מכלל הנז' נר' דס"ל דפטור בפירוש מהני ליורשים הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ק"ח מחודשין ח' וז"ל היכא דמת לוה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו אבל אם פטר הלוה את המלוה משבועה ממנו ומיורשיו גובין בני המלוה מיורשי הלוה אף אם המלוה נתחייב שבועה ללוה על עסק תביעה אחרת ע"כ הנה בפירוש כתב הרב ז"ל דפטור בפירוש מהני ליורשים ואיפשר שבעל תשובה זו סמך הרב ז"ל בספר בדק הבית

האמנם למתבונן היטב בתשובה זו יסתכל דהרא"ש ז"ל אסברא דנפשיה ס"ל דפטור לא מהני ליורשים שתשובה זו נמשכת למ"ש בתשובה הקודמת הסמוכה לה שהוא ז"ל נשאל אם לפי דברי הרי"ף ז"ל שסובר דפטור בפי' לו וליורשיו מהני ליורשיו אי מהני לאפוטרופא שנעשית בחיי בעלה והשיב הרב ז"ל דלא מהני שוב נשאל אי לא מהני אם מתה האלמנה אם לא יגבו יורשיה מטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו ועל זה השיב דכיון דחיוב השבועה מילתא אחריתי לא אמרינן בה אין אדם מוריש שבועה לבניו וכל זה נמשך לפי דעת הרי"ף ז"ל כמו ששאל השואל דלפי דעת ר"ח והסכמת הרא"ש ז"ל כיון דאפי' פטור בפירוש לא מהני ליורשים אין נפקותא במה שנעשית אפוטרופא בחיי בעלה דבלאו הכי כבר נתחייבה שבועה לבני המלוה ואין אדם מוריש שבוע' לבניו וזה אמת ויציב אין בו פקפוק ולא העתיק הרב ז"ל תשובה זו בסימן ק"ח אלא ללמוד ממנה דאם לא נתחייב שבועה אלא על עסק תביעה אחרת לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו

ונכוח בהנחה מונחת דהרא"ש ז"ל בתשובה הנז' אף לפי דעתו כתב כן איני רואה ממנה שום הוכחה דס"ל דפיטור בפירוש מהני אף ליורשים דלעולם אימא לך דדעת הרא"ש ז"ל כדעת ר"ח ז"ל דאפילו פיטור מפורש לא מהני ליורשים ותשובה זו שאני שמת ג"כ הלוה וכיון שמת הלוה ג"כ תרי קולי לא עבדינן קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל וכדעת הרב בעל המאור ז"ל באופן דהיותר נר' מדברי הרא"ש ז"ל דס"ל דאפילו פטור בפירוש לא מהני לגבי יורשים (הגה"ה עיין בב"ח ואיפשר שיהיה זה דעת הרב ז"ל בספר ב"ה וצ"ע ע"כ ההגה"ה)

וראיתי להרא"ש ז"ל בכלל הנז' סימן ב' כתב ואפי' לר"ח ז"ל שכתב שנאמנות מועיל לגבי יורשים ה"מ היכא דנקיט מלוה שטרא בידיה ומחוייב שבועה מתקנת חכמים שאמרו הבא ליפרע כו' וכיון שפטרו אביהם מאותה שבועה אין היורשים יכולין להשביעו אבל בכגון זה שאין לו' תפיסת יד באותו ממון שבא ליכא מאן דפליג שאין התנאי מועיל לגבי יורשים ע"כ ותמה אני שהרי ר"ח ז"ל מהסוברים דאפי' פטור בפירוש לא מהני ליורשים ואפי' למ"ד דמהני דוקא פטור בפירוש לא פטור סתם כנ"ד דלדידיה ליכא לתרוצי כמו שתירצתי לדברי בנו הרב בעל הטורים דבקנו מיניה מהני פטור אפילו לר"ח חדא שנר' דנ"ד ליכא קנין ועוד אי מהני קנין היינו בפיטור בפירוש אבל לא בפטור סתם וצ"ע

וכל זה שכתבתי היא משנה שאינ' צריכה לנ"ד דבמחלו' הגדולים הללו אינה אי פטור הוא מהני ליורשים או לא אבל בנ"ד דהערב עצמו הוא היורש והוא האמין למלוה לכ"ע מהני פטור דידיה לגביה נמצא דבנ"ד שהער' עצמו הוא היורש בין לטעם מהר"י קולון ז"ל בין לטעם הנאמנות אם אין שם יורש אלא הוא גובין בני המלוה כל החוב ממנו ואם יש שם יורשים אחרים ואינן ערבין אינן גובין משאר היורשים כמו שנתבאר ולא הוצרכנו בטעם הנאמנות אלא שלטעם מהר"י קולון אם הערב היה טוען למלוה אני פרעתי לאביך לפי סברת רב שר שלום גאון היה נשבע ונפטר אבל לפי טעם הנאמנו' אפי' לפי סברת רב שר שלום גאון בני המלוה נוטלין בלא שבועה שהרי על המלוה לא היה לו חיוב שבועה מאחר שהאמינוהו עליהם המלוה והערב

והוי יודע שראיתי העתק השטר וכתוב בו ואחריות חומר חוזק שטר זה כאחריות חומר וחוזק כל שטרי חובות הכשרים כו' וכל זמן שטר זה קיים יהיה נאמן המוציאו כשני עדים כשרים כו' ובלי לחייבו שבועה כו' ואפי' חרם סתם כו' בכל חזוקי סופר כו' ומסודר כו' בכל לשון המועיל כו' ע"כ וכפי נוסח זה אין ספק דאפי' יש יורשים אחרים ללוה חוץ מחנוך הערב נפרעין מהם בני המלוה בשבועה דלא שייך כאן אין אדם מוריש שבועה לבניו שהרי לא היה חייב המלוה לישבע לא ללוה ולא ליורשיו אי משום דבנאמנות כתוב בו' וכבר כתבו מהרש"ל ומהרש"ך דכל שכתוב ונאמנות כו' כאלו כתוב נ"כ נאמנו' ליורשים ונשבעין וגובין ואע"פ שיש מי שחולק לא משגיחינן ביה לגבי שאר רבוותא כמ"ש בתשובה אחרת סי' ס"ד אי משום דכיון דכתוב כאחריות חומר וחוזק כל שטרי חובות הכשרים כו' מה שכתב ומסודר כו' לטפויי אתא עניין הנאמנות בפירוש ליורשים וכמ"ש מהרש"ח בתשובה סימן נ"א והמעיין שם ירא' יעדיף כחו דידן מכוון דידיה הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן סו

איזמיר לימים גביר נבון ומעולה כמה"ר משה אלגראנאטי נר"ו שנת הת"ד

איש זקן עוטה מעיל הדעת והתבונה השיגא גביר דנבון ומעולה כמוהר"ר משה אלגראנאטי נר"ו הראנו ראיתי בידי קונט' שבא כ"ת מהחכם השלם סיני ועוקר הרים בוצינא דנהורא כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו אחר שכתבתי והסכמתי דבני המלוה גובין מחנוך יורש הלוה סך דמי השטר הא' תשובה על השאלה ששאלתי אני הצעיר והבני להשיב על דברי ושניהם עולים בקנה אחד לזכות לחנוך יורש הלוה מהא דאמרינן בגמ' א"ל רב כהנא בריה דרב יהושע אתו ערבא לאו בתר יתמי אזיל ושיש

החכם

החכם השלם כר"ו בקונט' הראשון כלשון הזה. א"כ נראה דגם לערב אין ליורשים למיזל בתריה וכ"ל דכ"ש בנ"ד דהערב הו"ל בן הלוה דלכ"ע אין ליורשי המלוה לילך אחריו ע"כ ובקונט' השני האריך לחזק סברתו ולדחות דברי הגאון מהר"י קולון ז"ל ולפי שכבר כתבתי בקונט' הראשון שסברת הגאון מהר"י קולון ז"ל היא סבר' נכונה וקרובה אל הדעת ויש לו סמוכות מדברי כל הפוסקים לא אטפל עצמי ביה זולת במ"ש בקונט' השני כלשון הזה ונראה דאם חילוק זה יש הפרש בין כשהערב הוא איש זר בין כשהוא יורש לא הוה שתיק תלמודא מיניה מ"פ זה וכמו שהבי"א הרב ז"ל דברי בעל המאור ז"ל שכתב שיש חילוק בין ערב ללקוחות יאם היה דינו כזה לא הוה שתיק תלמודא מלאשמועינן ואע"פ שאפשר לומר כו' ע"כ

ואני תמיה על זה הא"כ לא שבקת חיי לכל הפוסק ביחידם איזה חידוש שלא הוזכר בגמרא או בפוסקים שקדמוהו דמי שירצה להכחיש החידוש ה וא בלי טעם ובלי ראיה יאמר אם איתא לחדוש הזה לא הוה שתיק תלמודא מיניה ודבר זה ישתקע ולא יאמר שהרי לא בא בתלמוד א' מיני אלף מזה מה שבו הפוסקים והכל מקובל אצלנו כתי שאמרום מרע"ה מפי הגבורה

ואיברא שהרי"ף ז"ל ביבמות פרק האשה שהלך כעלה למ"ה על דברי רבינו יהודאי גאון ז"ל על שומרת יבם שניפלת בלא חליצה ואם אין לה בנים שלא תנא ואי איתנהו להנהו מילי דרב יהודאי גאון לא הוה שתיק גמרא מנייהו אמנם אין הנדון דומה לראיה דשאני התם דהדבר זר החתנ השברא ומה גם דאיכא רבוות' אחריני שכתבו הפך דבריו מה שאין כן בנ"ד דהסברא נכונה וליכא מאן דפליג עלה ועוד דהתם תנינו בירושלמי הפך דבריו ואם איתא דתלמודא דידן ס"ל דלא כירושלמי הוה ליה לפרושי ולא הוה שתיק מלאשמועינן חידוש גדול כזה ואם רבינו למהריב"ל בתשובותיו שמשתמש בכלל זה לפעמים אותם המקומות הם ממין סברת רב יהודאי גאון ומה שהשתיים מדברי הרב בעל המאור ז"ל לדידי אין כאן סיוע ולא ריח סיוע שבדון בעל המאור ז"ל הוא שהיה לו לבעל התלמוד להשמיענו בדין הלקוחות שהם כדין הערב אבל בנ"ד בא נהשמיענו שיש חילוק בין כ"ד לנדון הנמ' ורחוקים זה מזה כרחוק מזרח ממערב למתבונן בהם היטב ועוד דבנדון הרב בעל המאור איכא טעמא רבא לומר שכשם שהזכירו שדין האח כדין היתומים היה להם להזכיר שדין הלקוחות כדין היתומים דמאי שייר דהאי שייר אבל בנ"ד שלא הוזכר חילוק בין כדון הגמרא לכדון אחר איכא למימר תנא ושייר כדין התלמוד ועוד דבעיקר הכרח בעל המאור איני כנול בו כיון דדין הערב והאח מעשה שהיה כך היה מה מקום לומר כשם שהזכירו שדין האח כדין היתומים היה להם להזכיר שדין הלקוחות כדין היתומים דזה היה מעשה וזה לא היה מעשה

איברא דאם לא היה קשה עלינו אלא זה היינו יכולים לדחוק ולומר דמה לו לבעל התלמוד למי"ר שני מעשיות כיון דכחד מינייהו הוה סגי אבל אין זה כלום דאם ה ה טעם האח כטעם הערב היינו דוחקי' עצמינו בזה אבל כיון שהם מחולקים בטעמם דטעם הערב הוא משום דערב בתר יתמי אזיל וטעם האח הוא דלהו דנקא בנים אם אפי' אחים הוצר' התלמוד להבי' השני מעשיו' שהם ממין א' בטעמים מחולקים ומטעם זה בעצמו אין הכרח הרב ז"ל הכרח דדין האח השמיענו כיון שהוא טעם מחולק מן

הערב אבל דין הלקוחות לא הוצרך להשמיענו כיון שטעמו כטעם הערב וילמדו לקוחות מן הערב

עוד כתב החכם השלם נר"ו בקונט' השני ואפי' לפי מ"ש בשם מהר"י קולון ז"ל כפימ"ש שם בסוף דבריו נראה שלא סמך על דעתו להוציא מיד המוחזק שכתב שם כו' ע"כ וקודם שאבא להשיב על זה ראיתי לעמוד על תשובת הגאון מהר"י קולון שהביא נר' בעיני כמעורבבת לאו קיבלא רישא ולאו רישא סיפא שהגה כיון הרב מהר"י קולון ז"ל הוא שראובן שדך בתו לשמעון ופסק ליתן לבתו מאה זו' זוקאטי בכין הן' פרע והמאה עשה שט"ח לאבי שמעון ועל זה השיב הרב ז"ל שאין כח ביורשי הבעל להוציא מיורשי האב המאה זוקאטי אשר נשתעבד בהן אבי הכלה מאחר שלא באו לידי גבוי ע"כ הגה מתוך זה נראה שהמשתעבד היה אבי הכלה ושוב כתב וכ"ל הן' זוקאטי אשר זכה בהם הבעל כו'

ומ"מ נראה לענ"ד דלא נשתעבד שמעון בעל הכלה בכיונייתא כלל אלא אביו הוא דנשתעבד ועדיין הוא קיים שיורשי האשה יכולין לגבות מאבי שמעון כו' ע"כ הנה בכאן כתב שאבי שמעון החתן הוא המשועבד ומאן דכר שמיה דאבי שמעון בכאן וכן נראה ממ"ש ובאחר שהאב יורש' שהרי הוא כוים לכל יוצאי יריכו כו'גם מדכתב אח"כ מאחר שלא יחזור האב על יורשי הבעל שהרי הוא בעצמו יורשו וגם כתב ואין לומר דמ"מ יוכל האב לומר בני אתפסך כררי

ולכן אני אומר בהכרח דיש חיסור לשון בלשון השאלה ואחר שכתוב שם ומן המאה נעשה שט"ח העולה בערכאות שלהם לאבי שמעון צריך להוסיף ואבי שמעון נתחייב בכיון לכלתו והשתא ניחא שהנה הרב ז"ל כל כונית שהן כונה הם לזכות יורשי האשה ובתחלה כתב במאה זוק זכי דכל שלא ב"ו לידי גבוי לא זכו יורשי הבעל במאה זוקאטי ושוב כתב ואפי' בחמשים זוקאטי לא זכו יורשי הבעל משום דלא שייך כאן דין ערב ובשואל כיון דלא נתחייב הבעל בכין אלא אבי הבעל נתחייב לאשה וה"ל כמת לוה דחיי הלוה דיורשי המלוה נפרעין מן הלוה בשבועה שלא פקדנו אבא ואפי' תימא דהבעל נתחייב בכין והאב נתערב בשבילו וגובין מן הערב שזה האב כיון שהוא היורש עצמו ליכא נעשה דאופכוה ערבא בתר יתמי אזיל ושוב כתב ומ"מ יש לדון ולומר כו' כלומר הנה זכינו ליורשי האשה מטעם דלא שייך כאן דינא דרב ובשואל ומ"מ יש לדון ולומר דלעיקרא דדינא אין יורשי האשה יורשים כתובתה מאחר שהיא מתה ביזמות יבם ושומרת יבם שמתה לדעת רוב הפוסקים נ"ב בחזק' יורשי הבעל ואחר זה כתב ולמנהג הלועזים בחזקת יורשי האשה מעתה מן תכה דמ"ש הרב מהר"י קולון איני כדאי שיסמכו על ועתי קאי לטעם זה האחרון

ואחר שכתבתי זה הבא למ"ש החכם הש"ס שבגאון מהר"י קולון ז"ל לא סמך דעתו להוציא מיד המוחזק כו' ואני מתפלא הפלא ופלא הלפי כוונה לחכם השלם כר"ו שמ"ש הגאון מהר"י קולון ז"ל בסוף התשובה על כן אמרתי שמדבר כן' זוקאטי איני כדאי שיסמכו עלי כו' קאי למ"ש למעלה דכיון דהערב עלמו הוא היורש לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבנים היכן ראה החכם השלם כר"ו שחזר בו מהר"י קולון ז"ל ממ"ש למעלה והסכים לבסוף דאין מוציאין מיד המוחזק ועל כונה זו הוסיף החכם השלם כר"ו בדברי הגאון מהר"י קולון ז"ל

אני

היכי כראי שיסמכו עלי אלא יפארו ביד יורשי הבעל ומ״ש אלא יפארו ביד יורשי הבעל לא הוזכר בדברי הגאון מהר״י קולון ז״ל אלא תוספת שהוסיף החכם השלם כר״ו בדבריו כפי דעתו ואין הדבר כן שאין כולת הרב ז״ל לומר שישארו ביד יורשי הבעל שא כוונו לומר שבעל המאה רוקאטי גזר אומר היכי יקיימי ליקוס אמנם על החמשים דוקאטי אף שלדעתו זכו יורשי האשה בהם אינו כראי שיסמכו עליו אם ימצא חולק אמנם אם לא ימצא חולק על מאמרתו הוא עומד שזכו יורשי האשה וכיון דלא מציכו חולק לית כאן חזרה אלא ככחו בראש התשובה כחו בסוף התשובה דזכו יורשי האשה וזה לפי דעתו שמ״ש מהר״י קולון ז״ל היכי רוצה שיסמכו עלי קאי גם לטעם שכת׳ דכיון דהערב עצמו הוא היורש אין כאן מורים שבועה לבניו אבל קושטא דמילתא דמ״ש הגאון מהר״י קולון ז״ל היכי כראי שיסמכו עלי לא קאי אטעם הראשון שכתב דכיון דהערב עצמו הוא היורש לא אמריכן אין אדם מוריש שבועה לבניו דהטעם ההוא עודינו עומד וכל רואות שבעולם אין מזיזין אותו ממקומו והוא מוכרח מדברי הגמרא והפוסקים וכמו שהוכחתי בקונט׳ הראשון אך למ״ש דאפי׳ למ״ד בשומרת יבם שמתה נכ״ב בחזקת יורשי הבעל למנהג הלועזים שנוהגים לחלוק הנכסים בחזקת יורשי קיימי ועל זה כתב היכי כראי שיסמכו עלי כלומר אם לא יסכימו בעלי הוראה וכמ״ש למעלה

ואעידה לי על זה שני עדים נאמנים האישאם כדברי החכם השלם דקאי גם לטעם שהערב הוא עצמו היורש לא מצאכו ידיכו ורגליכו בתשובה זו דנבלמא אם כוון מהר״י קולון ז״ל היה שהבעל נתחייב הייכו יכולין לדחוק עצמכו דקאי גם לטעם הערב אבל מאחר שכוון הרב ז״ל לא היה שהבעל נתחייב אלא שהגאון כתבו בדרך את״ל איך החליט המאמר לומר שגם על הן׳ אינו כראי שיסמכו עליו להוציא מיד יורשי הבעל והלא כיון דהבעל לא נתחייב בכלן אלא אביו הוא דנשתעבד ועדיין הוא חי לית דין ולית דיין שיאמר דשייך כאן דין דרב ושמואל ואפי׳ תימא שהיה הדבר ספק אכלו אם נתחייב בכלן הי״ל לפרש דאת״ל דהבעל נתחייב בכלן אינו סומך על דעתו אלא ודאי דבין נתחייב הבעל בכלן בין לא נתחייב לא שייך דין דרב ושמואל וטעמים הללו אינן זזין ממקומן ואין מי שיחלוק על זה אלא בעם כל זה נסתפק הגאון מהר״י קולון ז״ל וכתב ומ״מ יש לדון ולומר דמאחר דהיתה שומרת יבם אין יורשיה יורשין כתובתה כלל וכתב דבזמן הזה שנהגו הלועזים להלוך זכו יורשי האשה ועל זה כתב אינו כראי שיסמכו על דעתו לא על הטעם שכתב דכיון דהערב הוא היורש לא אמריכן אין אדם מוריש שבועה לבניו שטעם זה חזק כראי מולך ובריא אולם והעד השני הוא הרב בעל המפה בח״מ סימן ק״ח סי״א כתב בלשון הזה וי״א דאם הערב הוא היורש בעצמו גובה ממנו מהרי״ק ז״ל שרש כ״א ואם כדברי החכם השלם כר״ו שמהרי״ק חזר בו מי האומר דאם היורש הוא הערב גובה ממנו והלא מהרי״ק שהוא מריה דשמעתתא חזר בו אלא ודאי שהדברים ברורים שטעם זה שכתב מהר״י קולון ז״ל דאם הערב הוא היורש גובה ממנו הוא טעם כעיקר ואינו זז ממקומו וזה ברור מאד וכמעט לא היה כריך לכתבו אלא שהחכם השלם כר״ו הזקיקנו לזה

ולא תימא דמדכתב הרב בעל המפה ז״ל וי״א מכלל דיש חולקים דדרך הרב בספר הקצר לכתוב סברא שאינה מוכרת כי אם בפוסק אחד לכתוב וי״א אע״פ שאין חולק בח״מ סימן ק״א כתב בספר הקצר הרמא׳ כתובה שהיו הבנים זכרים יורשים כתובת אמם וי״א אפי׳ נקבות ואין חולק שהיא גמרא ערוכה בפרק אע״פ ובח״מ סימן ק״ח כתב י״א דבמוכר שהודה לא כן מורידין לשומא כלל ואין חולק על זה ובמקומות רבים כעת איני זוכר איזהו מקומן ומכורני שראיתי בינובט׳ ראיתי בן לשמע (והגהה ק״כ הסמ״ע בסימן י״ג אות ח׳ וכתבתיו בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן י״ו בהגהת הטור אות ה׳ ובסימן כ״ה בהגהת ב״י בכללי הקים לי אות כ״ג ע״כ הגה״ה) וכיון הדרך הרב ז״ל כן ה״ה גם הרב בעל המפה ז״ל נמשך אחריו לכתוב וי״א על סברא שאין חולק עליה וכוי יאשי יכ מת דיש חולקים אין כאן מ וס לומר קים לי כיון דבהד׳ דינא דרב ושמואל דייכא דעבדי כרב עבדי וד״כא דעבדי כר׳ אבדי לא ייעינן ביה תרי כו׳ יקנלא דרב ושמואל וקולת החולקים ושוברים דהכי אם ה׳ ויש הוא הערב אין גובין ממנו דומיא דהאי דכרבו הכו זקים בהם חומי ורבנן דאפי׳ן הכוסקים כאבא שאול דאפי׳ פטור בפירוש לא מהני ליורשים במת לוה בחיי מלוה ואח״כ מת מלוה תרי וקלי לא עבדיכן קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל וכל זה הוא אם אם החכם השלם כר״ו בקונט׳ הראשון היה רואה תשובת הגאון מהר״י קולון ז״ל וחולק עליה האמנם כיון שבקונטריסו הראשון לא שם עינו בתשו׳ הכו׳ אלא שעכשיו בקונטריסו הראשון כדי להעמיד דבריו הראשונים הוצרך ליכנס בחיוס כר׳ ובמגעול הכרמים כריך להביא ראיה מקובלת לחכמי דורו נגד מהרי״ק כמ״ש הרא״ש ז״ל בפ״ק דסנהדרין הובא בח״מ סימן כ״ה וז״ל כי בטועה בדברי הגאונים שלא שמע דבריהם ול״ת בפסקי הגאונים אלא אפי׳ חכמים שבכל דור ודור שאחר הגאונים לאו קטילי קני באגמא אינון כו׳ וכששמע דבריהם לא ישרו בעיניו ומביא ראיה לדבריו המקובלת לאנשי דורו שכתבו בריך ושמואל בדורו ע״כ נמצא שכל שלא הביא ראיה המקובלת לאנשי דורו חוזר כ״ש בכ״ד שדברי הגאון מהר״י קולון ז״ל חזקים כראי מוצק והחכם השלם כר״ו משיא דעתו לדבר אחר ואין ספק אצלי שלא יקובלו דבריו לשום א׳ מחכמי הדור כ״ש לכולם

וזה חזיתי להחכם השלם כר״ו בקונטריסו הראשון כתב בלשון הזה ואע״פ שכשמת מלוה בחיי לוה לימא דאין היורשים יכולים לגבות לא מן הלוה ולא מן היורשים דכיון דאין בשטר נאמנות אפילו שיבא המלוה לגבות כריך לישבע כשיאמר לו הלוה פרעתי ואשתבע לי דלא פרעתיך וא״כ וכשמת המלוה והיורשים באים ליפרע מן הלוה או מיורשי הלוה אמאי לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו וכ״ל דלא אמרינן הכי אלא כשהיא שבועה חמור כגון שבועת המשנה אבל שבועת הלוה שמשביע למלוה כו׳ לא כו׳ וקושיא זו שהקשיתי נקטה הרב שר שלום גאון כמ״ש הטור בסי׳ פ״ב כו׳ ע״כ

ואני אומר איברא שמה שחילק בין שבועת המשנה לשבועת הלוה הוא פשוט וכתבו הריב״ש ז״ל בסימן תפ״ג אמנם כריך לבאר שאין קושית החכם השלם נופלת אלא בדטעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה בחיי לוה דאז היה מקום לומר דאין יורשי המלוה נפרעין לא מן הלוה עצמו ולא מיורשיו דכיון דכבר נתחייב המלוה ומת אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל בדלא טעין לוה למלוה אישתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה אע״ג דהשתא טעין לוה ליורשי מלוה פרעתי לאביכם ואשתבעו

 ואשתבעו

ואשתבעו לי יורשי מלוה נשבעין ונוטלין כיון דמכח מיורשיו דכיון דהלוה בחיים לא נתחייב שבועה לא שייך לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו

והוכחתי לכתוב זה מפני שמלשון החכם השלם נראה דאפי' בדלא טעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה וטוען הלוה פרעתי לאביכם אשתבעו לי היה מקום לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו וכן נראה ברור מדבריו בקונטרים השני וליתא כדכתיבנא איברא שהוה מקום לומר דהיכא דמת מלוה בחיי לוה ואח"כ מת לוה דאין יורשי המלוה נפרעין מיורשי הלוה אפי' בשבועה אפי' דלא טעין הלוה למלוה פרעתי ואשתבע לי דכיון דהשתא יורשין משביעין להו בשביל אביהם שפרע וה"ל המלוה מחוייב שבועה ואינה מוריש' וגם זה אינו כמו שאכתוב

וכיון שהוכחתי דבלא טעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך אע"פ שמת מלוה בחיי לוה וטוענין היורשי' פרעתי לאביכם אשתבעו לי דנשבעין היורשים ונוטלים דלא שייך לומר בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו אחר מעתה דמ"ש החכם השלם נר"ו וקושיא זו שהקשיתי נקטה כלשון רב שר שלום גאון לא קיין במ"ש אמרו שקושית החכם השלם אינה אלא בדטעין לוה למלוה פרעתי ואח"כ מת המלוה ודברי רב שר שלום הם בדלא טעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה אלא במת מלוה וטוען ליורשי' שהוא פרוע שיטת רב שר שלום דכיון דאין המלוה כאן שיוכל לישבע כשבע הלוה ונפטר ולהו היינו טעמא משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו כמו שהבין החכם השלם נר"ו דבשבועת השתא לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו כמ"ש הריב"ש ז"ל בתשובה סימן תכ"ג אלא מטעם דאין הלוה בכאן וכן מוכיחים דברי הרב בעל הטורים ז"ל וכן הוכיח הרלנ"ח ז"ל בסי' קי"ט וכן תמלא מפורש להרש"ך ז"ל ח"ב סי' רל"ו והדברים מוכרחים שאם דברי רב שר שלום ומחלוקתו הם ב טעין לוה ומת מלוה מאי רעתייהו דר"א דאפילו בלא שבועה נוטלין והלא כיון דנתחייב הלב שבועה ומת מתיין דנאמר דשבועה זו דקילא לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל שנאמר דנוטל בלא שבועה אין הדעת סובלתו אבל אי מיירי בדלא טעין לוה למלוה פרעתיך אית להו טעמא רבה דכיון דהמלוה לא נתחייב בשבועה זו בחיין אף שעכשיו טוען שפרע למלוה שבועה זו קילא ונוטלין בלא שבועה דלא אמרינן דיורשים נשבעין ונוטלין אלא ביורשים מן היורשים או בדטעין לוה למלוה ומת מלוה ומכאן תשובה קצת להרלנ"ח ז"ל בסימן הנז' שהלה לדיד שדברי רב שר שלום ומחלוקתו מיירי בדטעין לוה למלוה פרעתיך ומת מלוה

וראיתי למהרש"ך ז"ל בח"ב סי' רל"ו כתב דמתאי דפרכינן בפרק כל הנשבעין ממאן אלימא מלוה כו' אבוהון שקיל בלא שבועה ואינהו בשבועה כשנא דהך ירושה דלא כרב שר שלום גאון ז"ל דלדידיה לא ה"ל לאקשויי הכי דמשמע דדין הוא שיטלו היורשים בלא שבועה ואדרבא ה"ל לאקשויי דאמאי יפרעו מן הלוה ע"כ וגוראות נפלאתי על דבריו דדברי הגמ' אינם ענין לדברי רב שלום גאון דרב שר שלום גאון מיירי בדטעין לוה פרעתי לאביכם והגמ' מיירי בדלא טעין והדבר מוכרח דאי בדטעין היכי אמר אבוהון שקיל בלא שבועה והלא בדטעין לאבוה היה צריך שבועה אלא ודאי בדלא טעין מיירי ולהכי מקשי אבוהון שקיל בלא שבועה ואינהו בשבועה ואדרבא מילא מוקי תלמודא בדטעין לוה מוכח כדברי רב שר שלום דבדטעין לוה אפי' בשבועה אין נפרעין וכמ"ש הרב המגיד ז"ל בשם בעל העיטור ז"ל

והנה החכם השלם נר"ו בקונטרסו השני הקשה בענין קושיא זו של מהרש"ך ז"ל וז"ל ודברי הגמ' הם נגד רב שר שלום גאון ז"ל דמאי אמרינן שהלוה שקיל בלא שבועה היינו שהלוה טוען פרוע ולא כמו כל המלוה שנשבע לו אבל אם טוען הלוה שישבע לו לריך לישבע א"כ אפי' שהלוה טוען פרוע אמרינן דיתומים נוטלין בלא שבועה מ"ט ואמאי כיון שהמלוה אינו כאן כדי שישבע לסברת רב שר שלום גאון נשבע הלוה ונפטר וגמ' אמרינן דהיורשין שבאים לגבות אלימא כו' אבוהון שקיל בלא שבועה ואינהו בשבועה ולדידי' איך יכולין ליטול אפי' בשבועה כיון שאין המלוה כאן שאם היה הלוה טוען שישבע' היה לריך לישבע וכיון שאינו כאן אין נשבעין יורשים ונוטלין וזו קושיא ל בריו שאין עליה תשובה ע"כ ובפי הנראה מדבריו שרולה להקשות לרב שר שלום הקושיא שהקשה הוא ומפני קושיות מהגמרא מהך תא דקאמר ואינהו בשבועה והיא קושית מהרש"ך ז"ל וכבר כתבתי דלא קשיא מידי ומתירוץ הגמ' דמתרלינן אלא בתובעי' מן היתומים ומיירי בדטעין כיוני ולא טעין דאשתבע לי וא"כ כדברי רב שר שלום דאין המלוה כאן שיוכל לישבע אפי' בשבועה לא יטלו וא"כ זו היה נוטרוים לתמוה על החכם השלם נר"ו איך כתב דזו קושיא שאין עליה תשובה ולא הבי"ט שאין דברי הגמ' ענין לדברי רב שר שלום גאון דהגמ' מיירי בדטעין לוה פרוע ולא טעין אשתבע לי ועל זה תקינן בית' דיתומים מן היתומים לריכין שבועה לגבותה שאין כאן בלוה עלמו אבל דברי רב שר שלום הם בדטעין לוה ל ורשיו פרעתי והשתבעו לי שאינו פרוע אבל בטוען פרוע הוא ואינו טוען השתבעו לי נוטלין יורשי המלוה בלא שבועה דכיון דאינו טוען השבעו לי אע"פ שטוען פרעתי אבי לא משביעין ליה שישבע כמבואר בפרק שבועת הדיינין והרב בעל הטורים שכ' במחלוקת רב שר שלום והלוה טוען שהוא פרוע לישנא קייטא הוא ורולה לומר פרוע והשבעו לי וסמך אמ"ש למעלה מזה דבלא טעין אשתבע לי לא משביעינן ליה וכ"כ הרלנ"ח ז"ל בסימן קי"ט והדברים מוכרחין מצד עצמן וקצר שהרב בעל העיטור בהדיא מחלוקת רב שר שלום גאון כתב כלשון הזה והיכ' דטעין לוה אשתבעו לי כו' גם דברי הרמב"ם ז"ל בפי"ז מה"מ מתפרשין כך וכיון שהכרחנו שרב שר שלום גאון ז"ל מיירי בדטען פרוע ואשתבע לי מה זו תבו' מ' כרי הגמ' ביתומי' מן היתומים דהתם מיירי ב לא טעין אשתבעו לי דבלוה עלמו שקיל בלא שבועה ומן היתומים בשבועה

והוי יודע שאף מהרש"ך ז"ל בסי' הנז' נתחלף לו בדברי רב שר שלום גאון ז"ל בין טוען פרוע לטוען פרוע והשבעו לי שהוא הקשה על רב שר שלום גאון מהא דאמרינן בירושלמי גבי כונס שטרן שאם כנסו בנו לא ישבע שבו התקינו ובבנו לא התקינו ובודאי דמאי דקאמר שכנסו בנו היינו שהלוה טוען פרעתי לאביך כו' והשתא לפי אית' לדרב שר שלום גאון היכי קאמר דאם כנסו בנו לא ישבע דמשמע דשקיל בלא שבועה והא לדידיה כל היכא שהלוה טוען פרוע לא שקלי יתמי מלוה מהלוה מידי אלא הלוה נשבע ונפטר ע"כ ודברי תימה הן דנהי דהלוה טוען פרעתי לאביך כל שלא טען פרעתי והשבעו לי אין דין דרב שר שלום אמור וא"כ ובכה"ג מיירי הירושלמי בדטוען פרעתי ואינו טוען השבעו לי דאם היה המלוה הפוגם היה צריך שבועת פוגם שטרו אבל בבנו לא התקינו וזה ברור

עוד הקשה מהרש"ך ז"ל בסי' הנז' לדברי רב שר שלום גאון ממאי דאמרינן בגמ' ל"ש אלא שמת מלוה בחיי לוה ואח"כ מת לוה ובאים יתמי המלוה ליפרע מיורשי הלוה לא יפרעו אלא בשבועה והשתא אי אמרת בשלמא דהיכא שמת הלוה בחיי לוה דנפרעין מן הלוה ול"א תקני

טענת פורעתי אתי שפיר שהיכא שמת הלוה אחר שמת המלוה לא יפרעו אלא בשבועה אלא אי אמרת כסברת רב שר שלום גאון ז"ל דס"ל דאי טעין הלוה פרעתי לא שקלי מידי יורשי המלוה מיורשי הלוה אמאי לא טענינן להו דהאי שטרא פריעא הוא כי היכי דהוה מצי למטען אבוהון ובלי ספק זאת הקושיא היא גדולה ועצומה לדחות דברי רב שר שלום גאון ז"ל ע"כ

והנה אמת דלכאורה נר' דזו קושיא היא אבל כד מעייני' שפיר אשכחינן דלא קשיא מידי דרב שר שלום ז"ל סובר דלפרוע אדם חובו ולהניח שטרו ביד המלוה מילתא דלא שכיחא היא ואי טעין אותה הלוה בעצמו מהימנינן ליה אבל לא טענינן להו ליורשים כי היכי דטענת נאנסו משום דהוי מילתא דלא שכיחא אי טעין הוא הכי מהימנינן ליה ונשבע ונפטר וליורשיו לא טענינן ליה כדכתבו התוס' בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס היוצא על היתומי' ואע"פ שיש חולקים רב שר שלום גאון יסבור כסברת התוס' ומכלל האמור יתבאר לך שמ"ש החכם השלם נר"ו בקונטריסיו גם את הראשון גם את השני שדחה סברת רב שר שלום גאון משום דלפי סברתו סברת היורשי' שלא פקדנו אבא לא משכח' לה לפי סברת החכם השלם נר"ו דרב שר שלום מיירי בדטעין לוה למלוה פרעתיך ואשתבע לי ומת מלוה ומטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו נגעו בה לא קשיא מידי דשבוע' היורשי' שלא פקדנו אבא דנשבעין ונוטלין משכחת לה בדלא טעין ומת מלוה וטוען לוה ליורשים פרעתי לאביכם אשתבעו לי ואפי' לפי דעת מהרש"ך ז"ל והרא"ח ז"ל והוא האמת דאפי' בדלא טעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה בחיי לוה וטוען לוה ליורשי המלוה פרעתי אשתבעו לי ונשבע הלוה ונפטר וכ"ש אם טוען הלוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה דנשבע הלוה ונפטר לא ירדתי לסוף דעת החכם השלם בקושיא זו דהיכן מצינו דיורשים נשבעין שלא פקדנו אבא אלא מאי דתנן פרק כל הנשבעין וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה כדאוקמה לה בגמ' ואה"נ דביתומים מן הלוה לא משכחת לה

ואיפשר דלפי דעת מהרש"ך ז"ל דמפרש דברי רב שר שלו' גאון בדלא טעין לוה למלוה אלא שטוען כן ליורשיו בדטעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת דיורשיו נשבעין ונוטלין אפילו לדעת הגאון ז"ל דטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו ליתא דלא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו בשבועת השת כמ"ש הריב"ש ז"ל בסי' תפ"ג גם הטעם שנתן הגאון ז"ל בטוען ליורשים פרעתי לאביכ' דכיון שאין המלוה לפנינו לישבע שבועה המוטל' עליו נשבע הלוה ונפטר לא שייך הכא דבשלמא בדלא טעין למלוה וטעין ליורשיו יש מקום לומר אלו היה המלוה קיים היה מודה לדברי הלוה וכיון דאיפשר דהמלוה היה מודה נשבע הלוה ונפטר אבל היכא דטעין למלוה ולא הודה ונתחייב שבועה אף שמת יורשיו נשבעין ונוטלין ולפי זה אפי' לדע' מהרש"ך שבועת היורשין שנשבעין שלא פקדנו אבא ונוטלין משכחת לה בדטעין לוה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך ומת מלוה שיורשיו נשבעין ונוטלין וכל זה ברור ואם כונת החכם השלם להקשות דאפילו ביתומים מן היתומים לא משכחת לה שבועה שלא פקדנו אבא וכעין קושית מהרש"ך ז"ל בקושייתו הב' הא תריצנא לה לעיל ועוד אני מוסיף דכפי דעת החכם השלם נר"ו דרב שר שלום גאון ז"ל מיירי בדטעין לוה למלוה אבל בדלא טעין לוה למלוה אף שמת מלוה וטוען לוה ליורשיו שטר זה פרוע נשבעין היורשין ונוטלין לא קשיא בטוען ליורשי לוה פרוע הוא ונשבעין ונוטלין דלא טענינן ליתמי אלא מאי דהוה מצי אבוהון למטען ולמזכי בדינא

וה"א אם אביהם היה טוען פרעתי אשתבע לי בין שטען למלוה עצמו בין שטען ליורשין היה הלוה או יורשיו נשבע ונוטל אף כשמת המלוה נשבעין יורשי המלוה ונוטלין

וכ"ת כשטוען ליורשי הלוה שטען אביהם למלוה פרעתי ואשתבע לי וכבר נתחייב שבועה ומת ואין אדם מוריש שבועה לבניו הא ליתא דהאי אמרינן טעני' ליתמי כל מאי דהוה מצי אבוהון למטען היינו לומר בטענה שהיה יכול אביהם לטעון הרי היא כאלו טוענין אותה עכשיו אבל שנאמר כאלו טען אותה אביהם לא וכ"ת כ"ל דכבר נתחייב המלוה שבועה ומת ואין אדם מוריש שבועה לבניו זו לא שמענו

וראיתי להחכם השלם נר"ו בקונט' הראשון כתב דלפי מה שהבין הר"ן ז"ל בהר"י הלוי אפי' יש נאמנות עליו ועל יורשיו לא דייקינן לכתחילה ע"כ והא לא שמיעא לי דלאו הא בהא תליא דאפי' נימא דהר"י הלוי ז"ל סובר דהלכה כרב ושמואל לגמרי אפשר וקרוב לודאי דהיכא דכתוב נאמנות בפירוש לו וליורשיו לא דייקינן תרי קולי קולא דרב ושמואל ודאבא שאול וכך נראין דברי הר"ן ז"ל בתשובותיו דאחר שהביא מחלוקת הר"י הלוי ז"ל ומחלוקתו ביתומים שקדמו ותפסו כתב סברת בעל המאור בשם חכמי נרבונה בתפס שבנה שאין חולק עליה וכמו זו מה לי שמ"ש בתשובות הריב"ש ז"ל סימן ק"ח וקס"ט על סברת בעל המאור בשם חכמי נרבונה כלשון הזה וטעמא דמילתא דהא אמרינן התם בשבועות דהא אמרינן התם דדיינא דעבד כר"א עבד הביאו להחכם השלם נר"ו לומר דלהר"י הלוי ז"ל דס"ל להאי מימרא ליתא דאפי' בנאמנות מפורש עליו ועל יורשיו אין אדם מוריש שבועה לבניו והא ליתא דהריב"ש ז"ל כתב טעם זה כפי דברין שסובר דהאי מימרא דדיינא דעבד כר"א עבד הלכה היא אבל אה"נ דאפי' מאן דס"ל דלא שבקינן עלה אם יש נאמנות מפורש עליו ועל יורשיו נשבעין ונוטלין משום דכיון דמדינא נאמנות היה מועיל אפילו ליורשים דהאי שבממון הוא אלא דס"ל דרבנן אלמוה לתקנתייהו שלא לעקרה בהאי לא מחמירינן בה ולא מוספינן בה לומר אין אדם מוריש שבועה לבניו כדאמרי' התם הבו דלא להוסיף עלה וכן מצאתי מפורש להריב"ש ז"ל בתשובה סימן תכ"א ותכ"ב כתן טעם זה נוסף על הטעם האחר שכתב בסי' ק"ח וקס"ט

גם מה שכתב החכם השלם נר"ו לתכן סתירת חכמי נרבונה ור"ח ממקום למקום דתרי ר"ח הוו כגאון ור"ח א"ז שרגילים ההגהות להביאו וחכמי נרבונה תוך בזמנים הוא דבר שאין ידעת קבלתו דאיזה ר"ח ז"ל באמת' שהוא ר"ח א"ז אי ר"ח שהביא הרשב"א ז"ל דיתכן שר"ח א"ז שהיה בזמן הרשב"א ז"ל והיה גדול מהרשב"א בתבו' ס' תקע"א יכתוב הרשב"א ז"ל דבר הלכה משמו ואי ר"ח המוזכר בדברי כ"י הוא ר"ח א"ז מודעת זאת בכל הארץ שר"ח א"ז לא הוזכר בדברי כ"י בשום מקום גם מ"ש וחכמי נרבונה תלוי בזמנים ה"א דבר שאין לו שחר שאם הפוסקי' בספריהם לא היו מביאים כי אם חכמי דורם בלבד ולא דברי מי שקדם להם היינו סובריפ הדוחק הזה לומר דהדבר תלוי בזמנים אבל כיון דדרך הפוסקים הוא להביא דברי מי שקדמום איך נאמר דחכמי נרבונה שהביא הרב הנמקי ז"ל הם חכמי נרבונה שבזמנו וכבר ראה הוא לחכמי נרבונה ז"ל שבזמן הרשב"א ז"ל שסוברים הפך זה והי"ל לפרש ולא לסתום ולומר וכל חכמי נרבונה והנכון הוא מ"ש בקונט' הא' וראיתי להחכם השלם נר"ו בקונט' הא' כתב כלשון הזה ודברי הגמרא בפשטם נראים נגד דברי אותם הרבותא דכיון דאם מת לוה נפרעין מן הערב

החלה

תחלה דאמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל ע״כ וכראה דאישתמיטתיה ליה מ״ש הרב בעל הטורים ז״ל בח״מ סימן ק״י כלשון הזה ולא אמרינן סוף סוף בתר ערבא אזיל וכהלא נזקקין לנכסי יתומים שהרי אין הערב יכול לגבות מהם עד אשר יגדלו וכיון שאינם פטורים אלא בעודם קטנים ולכשיגדלו יתחייבו נמצא שבני חיובא נינהו אלא אריא דרביע עלייהו כו׳ ע״כ הרי שחילק הרב ז״ל בין נדון הגמרא לנדון הרמב״ם ז״ל דנדון הגמרא דאם לא היה הערב פטורים מלשלם אין נפרעין מן הערב דסוף סוף ערבא בתר יתמי אזיל אבל בנדון הרמב״ם ז״ל דהיתומים בין הכי ובין הכי חייבים אלא שבעודם קטנים פטורים לא אמרינן ש״מ ערבא בתר יתמי אזיל

שוב ראיתי להרשב״א ז״ל בתשובה סי׳ תתקע״ג הוקשה לו לפי סברתו שסובר דבקבלן נפרעין ממנו אפילו יש יתומים קטנים מהא דאמרינן בפרק כל הנשבעין דאמרו ש״מ ערבא בתר יתמי אזיל וחילק מ״ש הרב בעל הטורים ז״ל • אני טרם אכלה לדבר בזה אודיע למעיין שראיתי להרשב״א ז״ל כפי עדות ה״ה ז״ל סתירה מבוארת שהגה ה״ה ז״ל בפכ״ו מה׳ מלוה כתב בשם הרשב״א ז״ל שכדברי הרמב״ם ז״ל עיקר דאפילו מן הערב נפרעין תחלה היכא דמת לוה ואלו בתשובת הרשב״א ז״ל סימן הנז׳ הביאה הרב סי׳ הנז׳ כתב שהנכון שאין נפרעין מן הערב אא״כ הוא קבלן והתימ׳ מהרב ב״י שהביא דברי ה״ה ותשובת הרשב״א ולא הרגיש בסתירת דבריו וצל״ע (הגה״ה עיין בספר כנה״ג חלק ח״מ סי׳ ק״י בהגהת ב״י אות ה׳ שכתבתי דשמא נחזור בו כתב כדברי הרמב״ם ז״ל ובתשובה כדעת הרא״ש ז״ל והארכתי עוד שם יע״ש ומ״מ הרב ז״ל לא ימלט מהתפיסה איך לא הרגיש מסתירתו והביא שתי השמועות סמוכות זו לזו ע״כ ההגה״ה) •

מעתה אני חוזר למ״ש החכם השלם נר״ו בקונטרס׳ ואם בכ״ד יש יורשים אחרים כפי דבריו יראה הדין כחלוקה דמשום היורשים לא יפרע משום דערב׳ בתר יתמי אזיל ולא יפרע משום ערב ובשביל חלקו יפרע משו׳ ערב נראה ודאי דהדברים סתרי אהדדי ע״כ ולא הבינותי זה מידי אירית הא׳ כדיניה והאי כדיניה בחלק המגיע לערב שאין כאן טעם דערבא בתר יתמי אזיל אין נזקין ומה סתירה וחלוקה יש בכאן שכת׳ שבר׳ הדבר כחלוק׳ ובחלק היורשין דאיכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל אינן נזקין וסתרי אהדדי ומה יענו שכתב החכם השלם כלוה שמת והניח יתומים גדולים וקטנים שכתבו הרשב״א בתשובותיהם והטור בסי׳ ק״י שהמלוה נפרע מהגדולים חלקם ולא חשו שנראה הדבר כחלוקה וסתירה

עוד כתב החכם השלם נר״ו וז״ל וכתב עוד ואפי׳ דבכ״ד אין כתוב נאמנות על יורשי הלוה מאחר שיש למלוה נאמנות על הלוה עצמו אפי׳ לרב שר שלום גאון נוטלין בלא שבועה כיון שאלו היה המלוה קיים כו׳ ואני תמיה מהמראה דה״נ אם היה המלוה קיים בא לגבות מהלוה ה״נ יפרע שלא בשבועה אם היה המ׳ וה עצמו׳ בא לגבות מהיתומים הכי נמי דיגבה מהם אבל בשבוע׳ שאין לו נאמנות עליה אבל כ״ד הוא שמת לוה בחיי מלוה ולא היה לו נאמנות על היורשים וצריך לישבע להם ומת ג״כ המלוה ובאים יורשים ג״כ לגבות מיורשי לוה ובזה היינו דרב ששת דאם היה המלוה בא לגבות מיורשי הלוה היה צריך שבועה וכיון שמת אין יורשין נוטלין מיורשי לוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו ע״כ ובמדומה לי שהחכם השלם נר״ו אגב שיטפיה ומרוב חכמו להעמיד סברתו לא

דקדק יפה בדברי שאלו היה מדקדק בהם לא היה מתמיה על המראה שימוש דברי בנוי כראה שבכ״ד לא הוי מת לוה בחיי מלוה מטעם דהיורש הוא הערב ובדברי מהר״י רולון ז״ל והוקשה לי דאפי׳ נימא דבכ״ד הוי כנפרעין מן הלוה עצמו עדיין יש לפקפק לסברת רב שר שלום גאון ועל זה כתבתי דבכ״ד אין לפקפק מטעם סברת רב שר שלום גאון שדברי רב שר שלום אינם אלא בשטר שאין כתוב נאמנות אפי׳ על הלוה עצמו אבל בשטר שכתוב נאמנות על לוה אפי׳ שאין כתוב נאמנות על יורשיו אין דין רב שר שלום גאון ז״ל אמור שטעם רב שר שלום גאון הוא דכיון שאין המלוה קיים לישבע שבועה המוטל׳ נשבע הלו׳ ונפט׳ ובשטר שיש נאמנות למלוה על הלוה אין חיוב שבועה מוטלת על המלוה נוטין ממנו יורשיו וזה פשוט ומבואר ומסתכלין במראה זו

עוד ראיתי להחכם השלם נר״ו האריך להטעימו על מ״ש בשם מהרש״ך ז״ל דאם מנהג המדינה לכתו׳ בכל השטרות אם לא נכתב בשטר אחד כמי שנכתב דמי ובתוך דבריו הוקשה לו על תירוצי הרב ז״ל בב״י סימן ע״א והן הן דברי הרב בעל״א ז״ל גם מן כ״ה ומהרש״ח בסימן ל״ח אמנם מה שתי׳ החכם השלם נר״ו דהרא״ש ז״ל מיירי בנעשה הדבר בקבוץ ומעמד אנשי העיר ותקנו שיכתבו כן בכל השטרות ובע״הת מיירי במנהג שנהגו הסופרים בעצמם מלבד דהעיקר חסר מן הספר לא ידעתי איך אפשר לצייר דבר זה בדברי הרא״ש ז״ל והוא כתב בכלל ס״ח סימן י״ג כלשון הזה אמת הוא כל מה שנהגו הסו׳ לכתוב בכל השטרות יש לדון על פי הלשון שנהגו לכתוב כדאמרינן בפרק המקבל תניא ר״מ היה דורש לשון הדיוט כו׳ ע״כ הרי שהשוה הרב כל מה שנהגו הסופרים לכתוב להא דדרשינן לשון הדיוט ובהא דדרשינן בפרק המקבל לשון הדיוט כת׳ הרא״ש גופיה דאפי׳ שלא נכת׳ כמי שנכתב דמי הרי מדברי הרא״ש ז״ל דאפי׳ דבר שנהגו הסופרים מעצמם בלי קבוץ המדינה אע״פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי וזה פשוט ומבואר מהמקום הזה וממקומות אחרים בדברי הרא״ש לא עת האסף

גם מ״ש החכם השלם נר״ו גם הביא הרב ז״ל שם על זה מדעת הריטב״א ז״ל נגד דברי הרא״ש ז״ל דבנאמנות לא אמרינן כמי שנכתב דמי אפי׳ כתוב בשטר ושטרא דא קבלית עלי ככל חומר וחוזק דנהיגי בישראל דהוא לשון רחב ע״כ לא כן אנכי עמדי דרבינו האיי גאון והריטב״א ז״ל אינם חולקים על הרא״ש ז״ל בזה ויודו הם להרא״ש ז״ל דכל דבר שנהגו הסופרים לכתוב בכל השטרו׳ אם לא נכתב בשטר א׳ כמי שנכתב דמי וכ״ד אינו ענין לזה שהם ז״ל מדברים בשאינו מנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרו׳ אלא שהמתחייב קבל עליו לכתוב שטרא בכל לישנא דזכותא ועל זה כתבו הרבנים הנז׳ דאע״ג דכתיב ביה ואחריו׳ שטרי זכאה קבלית עלי כחומר כל שטרות דנהיגי בישראל דבר שהוא תנאי אינו בכלל בכלל זה אבל אם הוא מנהג פשוט אין חילוק בין חיזוקי סופר לתנאים והדעת נוטה לזה דבדבר שהוא מנהג פשוט לכתוב כן מ״ש חזוקי סופר מתנאים ומה שסיים הריטב״א ז״ל כלשון הזה והרי נאמנות ובטול מודעי שהוא נוהג בכל השטרות ואע״פ כן כיון שאינו מפורש בשטר כו׳ ע״כ לאו למימרא דאע״פ שנהגו הסופרים לכתוב כן בתנאי אם לא נכתב בשטר א׳ לא אמרינן כמי שנכתב דמי הלא כונת דברים אלו דאע״פ שהנאמנות ומודעי רגילין לכותבו בכל השטרות בלווי הלוה ואע״פ שלא פירשו בפירוש אע״פ שכתב וחומר כו׳ אינו בכלל בזה וזה הוא הגרלה לעניינו ובואן לבות ובליגת הוא יודע

שכבר

שינר זה קיימתיו משורא ואח"כ ראיתי לבעל המכה בח"מ סי' ס א בעל יבריי הרא"ש ז"ל שכתב הרב נסבר הקבר כמתם תבנה הגיה וכתב ראי דמקבל ואכתי בטיא בכל. ליטני רוכוורא אע"ג דכתיב ואחריות שטרא דלא כו'כנא דנו' לא מחייבינן עד דמפרשי ע"כ כנראה ימובר הרב הרא"ש לא פליג עם הגאון והריטב"א ז"ל ועל הדרך שכתבתי וכן נראה מדברי הרב ז"ל בח"מ סימן ס"א ע א שעל דברי הרא"ש ז"ל כתב דברי רבינו האיי גאון והריטב"א ז"ל ולא ביאר שהם חולקים

איברא שראיתי למהר"ש חיון ז"ל בתשובותיו סימן ל"א
הסכים דרבינו האיי גאון ז"ל והרשב"א והריטב"א ז"ל חולקים על הרא"ש ז"ל בזה ואחר אני אחיה לי כתבתי וגם כל זה החכם השלם נר"ו לא ימלט מהתמיהא איך הסכים שרבינו האיי והרא"ש ז"ל פליגי והנא לפי דעתו שסובר דהרא"ש ז"ל מיירי במנהג שנהגו בקבות ומעמד הכמי העיר ותקנו לכתוב כן בכל השטרות יש מקום לומר דר' האיי גאון ז"ל מיירי בשנהגו הסופרים לכתוב כן בלי קבון כדברי הרב בעל התרומות ז"ל ואכותי באמ ו ת לא תמכינן

ותמהתי הרבה ממה שראיתי להחכם השלם נר"ו כתב כלשון הזה וא"כ אי כתב הרמ"ך ז"ל כן אפשר שכתב כן לדעת הרא"ש ז"ל אבל לדעת הרבה מהפוסקים וכמ"ש לא אמרינן אם לא נכתב כמי שנכתב דמי ע"כ דאפי' נאמר שיש חולקים על הרא"ש ז"ל בזה וכמ"ש הרב מהרש"ח ז"ל מה נכך הרי מהרמ"ך ז"ל הסכים כן ולא כונתו להקשות על מהרמ"ך ז"ל איך הסכים לתפוס כדברי הרא"ש ז"ל מאחר שחולקים עליו וממילא כאשר התימ' עלי שהבאתי דברי מהרמ"ך במקום שיש חולקים זה לא קשה מידי למהרמ"ך לק"מ שהוא סובר דהנהו רבוותא לא פליגי אהדדי ועל הדרך שכתבתי לדידי לא קשה לפי שאני לא כתבתי שראוי לפסוק כמהרמ"ך ז"ל אלא כלפי מ"ש דאם יש נאמנות בשטר אפי' על הלוה לבדו ולא על יורשיו אין דברי רב שר שלום אמורים קיימתי וגדולה מזו כתב מהרמ"ך ז"ל כלומר בכפי מ"ש וכפי דברי מהרמ"ך ז"ל אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי ולעולם לא היתה כונתי לתפוש כמהרמ"ך ז"ל לענין מעשה ת"ע שהרי במסקנת הדברים שהסכמתי הלכה למעשה דאין שייך בנדון זה אין אנו מורים שבועה לבניו מטעם שכתו' כו' ומטעם שכתוב ומסור בב"ד חשוב כו'לא הזכרתי שגם מטעם המנהג אין אנו מורים שבועה לבניו ולא זו בלבד אלא אחר שכתבתי דברי מהרמ"ך ז"ל כתבתי בלשון של דברים דאם יש בב"ד יורשים אחרים גובה חלקו מהערב ומשאר היורשים אינו גובה ולא בניתי לדברי מהרמ"ך ז"ל מטעם המנהג דלפי טעם זה אפי' מיורשים אחרים ואלו היה זוכר החכם השלם מה שכתב בפסקא זו שדברי מהרמ"ך ז"ל במחלוקת הם שנויים לא היה כותב מה שכתב לפנינו כלשון הזה וגם סומך עצמו אמה שהבאת לעיל דברי מהרמ"ך ז"ל דכיון דמנהג המדינה לכתוב נאמנו' וא"כ יש כאן גם נאמנות על יורשיו ג"כ וא"כ אמאי אינו גובה משאר היורשים דהא לדידי מנהג העיר הוא כו' ע"כ

ואתמהא שהעיד עלי שסמכתי על דברי מהרמ"ך ז"ל
מה שלא ראיתי ולא עלתה על לבי והדברים ברורים דברי מהרמ"ך ז"ל אלא להפליג הענין לס' מהרמ"ך אבל לא סמכתי עליו הלכה למעשה ולכן הסכמתי במסקנה שלא לגבות משאר היורשים ותמה על עצמך היאך הייתי יכול להסכים הלכה למעשה לגבות משאר היורשים מטעם המנהג והטעם הזה במחלוקת הוא שנוי בין מהרמ"ך ובין

מהרש"א ומיעתו וכיון שהדב' מחלוק' מי זה הוא ואי זה הוא שיוציא משאר היורשים מאחר דיכולי' לומר קים לן כי הרש"א ומיעתו שחולקי' על מהרמ"ך ואפשר דאפי' בלא טעם הקים לי לא היינו כוציאם מהיורשים כיון דמהרמ"ך ז"ל הוא יחיד בדבר הזה דאע"ג דבש"א כלל י"ט סי' ק"ה כ' דעכשיו דרכו לכתוב נאמנות בכל השטרות מיסקנו מידו לכתו' בשטר אימתא דנאמנות קנו ממנו ע"כ אין הכונה לומר דאם לא כתב בשטר אחד כמי שנכתב דמי מטעם הנאמנות דדוקא לכתבו בשטר כתב הרב ז"ל כיון דמנהג לכתוב נאמנות בכל השטרות אי שקנו ממנו לכתוב שטר אימתא דנאמנות קנו ממנו ויכתבו הקנין בשטר אע"פ שלא פירש שיכתבו נאמנות בשטר אבל אם לא נכתב לא אמרינן כמי שנכתב דמי דאפשר שגוה הלוה שלא לכתבו (הגה"ה אחר זמן רב נדפס ספר גידולי תרומה וראיתי בדף ק"ב הביא ראיה לדברי מהרמ"ך ז"ל מתשובת הרשב"א ז"ל אלף ש"ח ע"כ הגה"ה)

גם מ"ש החכם השלם נר"ו דאפילו לדברי מהרמ"ך ז"ל אם כתב נאמנות עליו ולא על יורשיו ליכא למימר דסמיך אמנהגא כו' ע"כ עם שאפשר לבע"ד לחלוק על זה איני יודע מי הכחיש לו דבר זה שהוצרך החכם השלם נר"ו לכתבו ומה גם שזה א דבר דלא שייך לב"ד דבכ"ד הוא נאמנות סתם כו'יה החכם השלם נר"ו לדברי מהרמ"ך ז"ל סמכינן אמנהגא וכן נא ה בר מבורש במהרמ"ך ז"ל ח"ב סימן נ"ו ודוחק גדול לומר דמ"ש דכוסח בטר כ ון דיין כלשון הזה וכל זמן שבטר זה קיים יהיה נאמן המוציאו כבני ע"ים כבריס כו' חשיב ליה החכם השלם נר"ו כאלו כתוב נאמנות עליו ולא על יורשיו דאין לנו לתלו' נוקי סריקי נהחכ' השלם נר"ו (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות מהר"ם יונה ז"ל וראיתי בסי' מ"ט אפשר דלא כתב מהרמ"ך ז"ל בסי' ק"ן דאע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי אלא יורא כשכתוב נאמנות בשטר אבל לא פירש אופן הנאמנות אבל שטר שאין בו נאמנות כלל לא אמרינן כמי שנכתב דמי ע"כ שמעינן מינה דאע"פי שכתוב נאמנות סתם סמכינן אמנהגא אבל לא כנאמר בדבריו כשכתב נאמנות עליו ולא על יורשיו מה דעתו אם דעתו כדעת החכם השלם נר"ו דבהא לא סמכינן אמנהג' או שלא דעתו ז"ל דכיון דמנהג המדינה לכתוב נאמנות עליו ועל יורשיו מה שכתב בשטר זה נאמנות עליו ולא על יורשיו ט"ס הוא כיון שהמנהג לכתוב אחריות עליו ועל יורשיו או קמור לבזן הוא וסמך על המנהג ועיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ע"א בהגהת ב"י אות ך' כתבתי על דברי מהר"ם יונה ז"ל אם אפשר להאמר זה במ"ש מהרמ"ך ז"ל בה"א סימן ק"ן במ"ש בח"ב סי' רל"ו וח"ג סימן קי"א א"א להאמר ע"כ הגה"ה)

וכתב עוד החכם השלם נר"ו וכתב זה וכל זה כשהערב טוען שישבע אבל אם אינו טוען כו' ולי אינו נראה כי מ"ש הערב דין של יתומים ושבועת המשנה אינה צריכה שיאמר אלא ב"ד משביעין אותו אע"פ שאלו היתומים לא תבעו כך כו' ע"כ ואני אומר אלו היה החכם השלם משגיח בדברי ההגהה כל דהו לא היה כותב מ"ש שיסוד דברי אלה בנויים על דברי רב שר שלום גאון שסובר שאפי' שהלוה חי כל שמת מלוה וטוען פרעתי לאביכם נשבע ונפטר על זה כתבתי שצריך שיהיה טענת הלוה פרעתי והשבעו לי דאלו פרעתי להודיה לא משביעינן ליה עד דטעין אבל בבאים ליפרע מן היתומים מי לא ידע דצריך לישבע בלא טענה ואי מכני מ"ש וכל זה בשטוען הערב כו' דמשמע ועל כגון דידן כתבתי כן אפי' נניח שהיא טענת שפלטתו שכין המהירות על הקורא להבין כונת הענין

הענין כפי התשובה הזכרים כ"ש שאין צריך לזה דהלשון מדוקדק הוא ואין כאן ט"ס וקאי על הערב ואפ"ה לא קשה מידי דשבוה דברים אלו בנויים דכ"ד הוי כנפרע מן הלוה עצמו מטעם מהר"י קולון ז"ל וכמו שנתבאר

כתב עוד החכם השלם נר"ו ואפילו שאמנות על הערב נראה דעכ"ז לא יפרע מן הערב משום דערב בתר יתמי אזיל שהרי כמו דהיורש הוא הערב ג"כ לא יגבה ממנו דתחזור עליה דידיה והדין לערב שהוא איש זר כן כמו יהיה לערב זה שהוא היורש דמחמת ערבות אין לו לשלם משום תשלומים אזלי בתר יורשים כו' ואף על פי שהאמינו המלוה היינו משום ערב ואם גובין ממנו הוה ליה כגובה מן היורשים דאלו יורשים מן היורשים ה"א תחלה ואח"כ מן הערב וא"כ איך יתבע משום ירושה תחלה דהיינו משום לוה ולא היה נאמנות אלא משום ערב ומחמת' יורש היה מחוייב לישבע אע"פ שלא היה מחוייב משום ערבות כו' וא"כ מחמת ערב אינו יכול לגבות מפני שהוא אחר יורש דהיינו הוא כמ"ש לעיל כו' ע"כ ואיני מבין מה הפרש יש בין האמינו משום מלוה או משום ערב דבשלמא אם הערב היה איש זר אע"פ שהאמינוהו הלוה והערב ומת הלוה אינן גובין מן הערב משום דכבר נתחייב המלוה לבני לוה שבועה וכיון שמת אין אנו מורים שבועה לבניו אבל מאחר שהיורש הוא הערב ויש כאן נאמנות מן הלוה והערב למלוה שוב אין המלוה צריך שבועה לגבות מן היורש כיון שהאמינו ואין כאן חיוב שבועה כדי שיורישנה וטעם רב ושמואל דאמרו דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין בני המלוה נשבעין ונוטלין הוא משום דכיון דבשעת שמת לוה נתחייב המלוה שבועה לבניו ומת אין אנו מורים שבועה לבניו אבל בכיון זה שאפי' שמת לוה בחיי מלוה לא נתחייב המלוה שבועה ליורשי לוה מחמת הנאמנות אין כאן שבועה להורישה לבניו וכפי דברי החכם השלם נר"ו אף המלו' עצמו שבא לגבות מהיורש הערב צריך שבועה ואם האמינו היינו על הערבות לא על המלוה וזו רעה חולה ישתקע הדבר ולא יאמר

עוד כתב החכם השלם נר"ו ונראה דמ"מ כיון דהרב המגיד כתב בשם ר"ח ז"ל וכל חכמי גדולי נרבונה ואזיל כפי מ"ש החכם המופלג נר"ו שהרשב"ם ז"ל חוכך אין לומר שהוא קס"ד כדי להוציא ממון ואני לא ראיתי דבריו כי אין ספריו אתי אבל די כיון דהרשב"ם ז"ל שהוא מגדולי האחרונים חושש לסברתם כדי שלא להוציא ממון כו' ע"כ ובא וראה כמה רב נגדיה של החכם השלם נר"ו שבלא ראות דבריו של הרשב"ם ז"ל כתב דאין לומר דלקס"ד כתב כן ואלו היה רואה המקומות שראיתי מהרשב"ם ז"ל לא היה כותב זה שגם בפירוש מבואר דעתו דלא דיינינן תרי קולי במת לוה בחיי מלוה

עוד כתב החכם השלם נר"ו ואני תמיה איך כת' דהאי לשון הילכך אינו מלשון חכמי נרבונה אלא מלשון ב"י שהוא סברת יחיד וכיון שב"י הבין כן בדעת חכמי נרבונה ואמרו דכתובעת כתובתה חייבת לישבע וכן המלוה כשבא לגבות מבני לוה צריך שבועה אפי' בנאמנות שפירש על היורשים הילכך מוכרח האי הילכך אליבייהו כיון שיש חיוב שבועה מן הדין דאין הלכה כת"ק א"כ אין כאן תרי קולי ואין כאן אלא קולא דרב ושמואל ע"כ ובאמת דבריו אלו אינן אלא מן המתמיהים דלפי דבריו תיקשי לבעל התרומות והרשב"א והר"ן והריב"ש ז"ל שכתבו דאפי' לחולקי' על הרי"ף ופוסקים כאבא שאול דאפי' נאמנות מפורש לא מהני ליורשים במת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה מו"ו

למהני משום דלא דיינינן תרי קולי קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל אין כאן תרי קולי אלא קולא דרב ושמואל דקולא דאבא שאול ליתא כיון דמן הדין הוא חייב שבועה אלא מאי אית לך למימר שהפוסקים כאבא שאול דעתם דאין ראוי לפסוק כאבא שאול א"א להכריע כו' אבל לאפסי' ממונו מכל וכל אין ראוי לפסו' כא"ש אלא כת"ק כדי שלא תנעול דלת בפני לוין ולא דיינינן תרי קולי הכי נמי בסברת ר"ח וחכמי נרבונה שהביא הרב המגיד ז"ל אע"פ שהם פוסקים כאבא שאול במת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה פוסקים כת"ק לפי הסוברים דאפי' הפוסקים כאבא שאול תרי קולי לא עבדינן אלא שהרב המגיד חולק על זה וסובר דאותם הפוסקים כאבא שאול דאפי' פטור בפירוש ליורשים לא מהני לגמרי פוסקים כאבא שאול ואף במת לוה בחיי מלוה ולפיכך כתב על דבריהם הילכך אם מת מלוה אחר לוה אין בני מלוה יכולים לגבות כלום מבני לוה שהרי אביהם היה חייב שבועה ואין אנו מורים שבו' לבנין

איברא שמדברי הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ע"א יש לדקדק שסובר כהרב המגיד שכתב כלשון הזה אבל גבי יורשים מהני לפיכך אפי' מת לוה בחיי מלוה כו' ולשון לפיכך מורה שבשביל שלגבי יורשי' מהני נמשך הדין דאפי' מת לוה בחיי מלוה אבל אם לגבי יורשים לא הוה מועיל פטור מפורש אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה איתא דינא דרב ושמואל דאין אנו מורים שבועה לבניו אבל ממ"ש הרב בעל הטורים בח"מ סימן ק"ח סעיף כ"ד כלשון הזה שהרי אביהם לא היה צריך שבוע' לא ללוה ולא ליורשיו אין להוכיח דאם היה צריך לישבע ליורשיו שלא היו יורשיו נשבעין ונוטלין דגם כתב האמת דמבואר בפירוש מהני ליורשיו לפי דעתו ז"ל ולכן כתב שהרי כו' אבל אה"נ אפי' למאן דס"ל דאפי' פיטור בפירוש לא מהני במת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה מהני דתרי קולי לא עבדינן (הגה"ה אחר זמן רב כיפם ספר תורה צדק וראיתי כתוב גם כשם מהר"י בארקי ז"ל דממה שכתב הרב בעל הטורים ז"ל בסי' ע"א וק"ח אין להוכיח דס"ל ולמ"ד דאפי' פטור בפירוש לא מהני ליורשים ה"ה במת לוה בחיי מלוה לא מהני דאין אנו מורים שבוע לבנין דבאגרת ליבן נקטיה ע"כ והם דברים בלי טעם דמאחר שאנו יכולים לומר שדבריו באו בדקדוק למה נאמר דלא דק ובשלמא אם היינו מוציאים לו במקום אחר או להרא"ש ז"ל דס"ל כדעת הרב בעל המאור ז"ל היינו דוחקים עצמינו לומר דמ"ש כאן באגרת ליבן נקטיה אבל כיון שלא מצינו לו ולהרא"ש ז"ל דס"ל כסברת בעל המאור ז"ל למה נאמר שדבריו כו' שלא בדקדוק והנכון כמ"ש שדבריו באו בדקדוק בכל המקומות ואע"פ כן ליכא לאוכוחי דס"ל כהר' המגיד אלא ממ"ש בסי' ע"א אבל לא ממ"ש בסימן ק"ח ע"כ ההגה"ה)

ונפלאתי הפלא ופלא במ"ש החכם השלם וז"ל ומ"ש מהא דכתב הריב"ש ז"ל דמכין מועיל אפי' ללקוחות כו' נראה דזהו לדעת הראב"ד ור"ח ז"ל אבל לפוסקים אחרים שהביא קודם לא הוי הכי ע"כ ואתמהא הפוסקים שהביא קודם מאן נינהו הרי"ף והרמב"ם ז"ל ואם לדעת ר"ח ז"ל דסובר דפיטור אפי' בפירוש לא מהני ליורשי' בקנין מהני אפי' ללקוחות כ"ש להרי"ף והרמב"ם ז"ל שסוברי' דליורשים מהני אפי' בלא קנין וללקוחות יועיל בקנין דדוחק לומר דלהרי"ף והרמב"ם ז"ל אין שום פיטור מועיל ללקוחות ואפי' בקנין ואפי' אם תמ"ל הכי מאי איכפת לן בכך כיון דכ"ד הוי יורשים ולכ"ע מהני

עוד כתב החכם השלם נר"ו וכן הקשה שהביא מהרשב"א לא מכרעת

שמכרעא בין אם יש קנין בין אם אין קנין א"א שכ"ש אם יש קנין לא מבעיא הכי מוסיף או גורע למי שיבין הטב ע"כ ואני מ'מפלא נגלין נר"ו שהבין תשובת הרשב"א ז"ל מה שלא זכינו אנחנו להבינם איך כתב לבריס כאלה על המפר ביון שהרי בתשובת הריטב"א ז"ל הביאה הרב ז"ל בב"י א"ה סימן צ"ח הרא בחיל שלישית ר"ח ז"ל דסבור אפי' בפירוש לא מהני ליורשים אפי' פירש לו וליורשי אם קנו מיניה מהני ומה לנו לילך אחר תשובת הרשב"א ושם מבואר מפורש שכתב כלשון הזה ור"ח ור"י פסקו כאבא שאול דלא מהני כלל אפי' פירש לו וליורשי ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל וכתב א"כ וכתב ר"ח ז"ל ודוקא דלא קנו מיניה אבל קנו מיניה אין משביעין אותה ולא את יורשיה דהו"ל כח הקנין לפטר' לגמרי ממנו ומיורשיו ע"כ הרי מבואר בתכלית הביאור דאפי' לר"ח ז"ל דאפי' פטור בפירוש לא מהני ליורשים בקנין מהני והרב ז"ל בב"י כתב על דברי הטור האלו שזכרתי וז"ל כבר נתבאר דקנין מהני בתשובת הרשב"א והריטב"א ז"ל שכתבתי בסמוך ע"כ הנה דס"ל ז"ל דכי היכי דדעת בעל הטורי' לר"ח מהני קנין הכי נמי דע' הרשב"א ז"ל לדעת ר"ח ז"ל דאע"ג דפטור בפירוש לא מהני ליורשי' אם קנו מיניה מהני ושארי ליה מריה להחכם השלם נר"ו שהזקיקנו לכתוב דברים פשוטים שלא ניתנו ליכתב ∘

ומה מאד תמהתי ממ"ש החכם השלם נר"ו מלבד דראיתי שהזכיר הפוסק שני פעמים העתק השטר ואין זה כמו זה לא ידעתי כונתו בזה ע"כ דמה זו תשובה במקום העתקתי הלשון הצריך לאותו ענין שהיינו עסוקים בו ובמקום העתקתי הצריך לאותו ענין: סוף דבר לא הבנתי כונת החכם השלם בזה גם מ"ש דאע"פ שכתב בשטר ואחריות וחוזק כו' מהפוסקים כאבא שאול איכו מועיל אין צורך להשיב על זה שכבר בא הדבר מבואר בקונטרסי הראשון דאפי' לפוסקים כאבא שאול מועיל אי משום דכתיב ונאמנות כו' כדברי הרשב"ס ומהרש"ך ושיטתם אי משום דאחר שכתב בכל חוזקי סופר כתוב ומסודר כו' כדברי מהרש"ח ז"ל והחכם השלם נר"ו כתב כלשון הזה דאע"פ שהרבני' שהבי' כתבו דאם כתוב כו' דהביאו ג"כ היורשים איכא למימר דלא יביאו את הנאמנות הראוי לו שיהיה נאמן כשני עדים כשרים בלא שבועה ובלא חרם אבל הביא דבר חדש כמו נאמנות של היורשים או לקוחו' לא אמרי' ע"כ ורואה אני שהחכם השלם נר"ו רוצה לחלוק על אילין אריותא בלי טעם ובלא ראיה ואדרבא אם באנו לומר דלשון כו' יביא מה שאינו מפורש יותר סברא לומר שבא לטפויי נאמנות יורשיו שאין שום הוספה בעיקר הנאמנות אלא במאמני' מלומר דבא לטפויי כשני עדים כשרים שהיא הוספ' בנאמנות

עוד כתב החכם השלם נר"ו וז"ל ועל מ"ש או דכתוב באחריות חומר וחוזק כבר כתבנו לעיל דלדעת ר"ח ז"ל לשון חומר וחוזק איני כנכם נאמנות ותנאי אחר עיין עליו ע"כ וגם בזה לא דקדק בדברי שאני לא כתבתי דבמאי דכתוב ואחריות חומר וחוזק כו' נכנס הנאמנות אלא במאי דכתוב בשטר ומסודר כו' אחר שכבר כתוב וחומ' וחוזק שטר זה כו' נכנס הנאמנות וכ"כ מהרש"ח ז"ל בתשובה סי' נ"א

ומ"ש החכם השלם נר"ו ולא ידעתי למה צריך הפוסק כדי להכנים היורשים כו' תיפוק ליה דהאמין לכל מוציא שטר זה כו' דבהא נכנס ג"כ היורשים ע"כ יתתקע הדבר הזה ולא יאמר דכהי דבלשון כל מוציא שטר זה נכנסים יורשי מלוה ונאי כחו אבל יורשי לוה שאנו עסוקים בהם מה

שייכות יש להם בלשון לכל מוציא שטר זה ואע"פי שהדברים פשוטים ולא היה צורך לכתוב בהם כ"ש להביא ראיה עם כל זה לא אמנע מלהביא תשובת הרשב"א ז"ל בסי' תתקע"א שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ק"ח מחודשין ג' שכתוב שם דלשון כל מי שיוציא שטר זה לא מהני להכנים נ"כ פטור יורשי לוה והרחבת הדבור בזה להנ הרכה ויגיעת בשר הנה כתאתי זה המעט מהרבה להעמיד האמת על תלה ובטנייה"ס כאלו חס השתיק' שוה כסף הדבור שוה זהב הנלע"ד כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן סז

מה שכתב החכם השלם. הרב כמהר"ר אנוזי נר"ו על ענין זה שנת הת"ר

על מעשה שהיה שראובן לוה משמעון סך מה בערבות בנו חנוך ויקר מקרה שמת ראובן הלוה בחיי שמעון ושוב מת גם המלוה ובאים יורשי שמעון לגבות מהנוך בן ראובן הערב ופסק אחד מיוחד שבחכמים זוריה דלי עילאי שינבה מן הערב משני טעמים ויש מי שפסק כנגדו וגם הוא מגדולי המורים שבזמן וכירדתי לחוות דעתי הקלושה אף כי איכה מכרעת ומה לי ליכנס בסלע המחלוק'מ"מ דחקתי עלמי ונכנסתי בנגזל אחרים להפכרת הגואל

ואומר כי הטעם הראשון אשר חייב את הער' ממה שלא להמהר"י קולון ז"ל בשרש כ"א אין ידעתי נוחה וכילך דברי מהרי"ק כימוהם כלמה ואף אם ת"ל דגם הבעל נתחייב בקנין ואע"פי שלא נשתעבד תוך השטר ותרלה לידותו למלוה לחבירו ע"י הערב דקי"ל דאין היורשים גובים מהערב היכא דמת לוה בחיי מלוה מ"מ כלע"ד דמאחר מיתת האשה שהוריש' נדונייתה ליורשיה פקח כח היבם מנכסי המת אם היו לו נכסים ונמאר האב המשועבד יורש שהרי הוא קוים לכל יונאי ירינו ואין כאן שום נבוי כי אם מן הכר עלמו שהיה משועבד לה דשפיר מלו יורשיה לגבות ממנו מאחר שלא יחזור האב על יורשי הבעל שהרי הוא בעלמו יורשו וכל כה"ג לריך לומר הבו דלא לוסיף עלה ואין לומר דת"מ יוכל האב לומר בני אתפסה לורי מאחר דהחיוב מוטל עליו משום ערבות בנו והרי אין יורשי האשה יכולין ליפבע ויפשיון זהא גרסינן נכריך כל הנשבעין הנוא דשכיב ושבק ערבא סבר רב פפא למימר הא כמי הבו דלא לוסיף עלה א"ל רב הונא ערבא לאו בתר יתמי אזיל

ועתה יש לדקדק מאי איריא משום דבתר יתמי אזיל תיפוק לי דמלי טעין' ערבא שהלוה התפיסן כררי ואין היורשים יכולים ליפבע על כך ויפשיה קלא ואי דאם לא היה הערב חוזר על היתומים היו יורשים נשבעין ונוטלין דהוה אמרי' הבו דלא לוסיף עלה ה"נ כיון דאין האב חוזר על היתומים שהרי הוא עלמו היורש איכא למימר הבו דלא לוסיף עלה עכ"ד

הנה במה שרלה לומר שבאותו כיון יש לוה וערב ויורשי האשה לא יכולתי לתכוא דברי הפן ולא אטפל ביפובו שאיכו ענין לנ"ד (הג"ה למה לא יכול למצוא דברי חפן בזה והדברים מבוארים דהלוה היה הבעל והערב היה אבי שמעון החתן שנתערב בעד בנו כמ"ש בקונטרסי סי' ס"ו דיש איסור נבון בתשובת הגאון מהר"י קולון נהכרח וצריך להוסיף ואבי שמעון נתחייב בנין לכלתו והוא הערב ויורשי האשה הוא אבי הכלה ע"כ ההגה"ה) אלא במ"ש ואמר ואין לומר דת"מ יוכל האב לומר בני אתפסה צררי לא יכולתי לרדת לעומק דבריו דהרי בשה שהקדים ואמר ותרלה לידותו למלוה את חבירו ע"י ערב דקי"ל דאין היורשים גובין מן הערב כו' הן הן הדברים שאמר ואין לומר דת"מ

דמ"מ כו' יהא מאי דקאמר דקי"ל דאין היורשים גובין הוא מתה שאמר וערבא בתר יתמי אזיל ומש"ה לא אמרינן הכו דלא לוסיף עלה כו' והדברים מבוארים דרב ספא דס"ל לומר שיערב הכו דלא לוסיף עלה היה מכני שגם הערב טוען דילמא הלוה התפיסו בררי ואין יכולי' לישבע וה"ל מ"ז לוה בחיי מלוה ויפסידו היורשי' ורלה רב ככא לו' דבערב נמי אמרי' הכו דלא לוסיף עלה ויפרע הער' וא"ל רב הונא בריה דרב יהושע דלא היא הואיל וערבא בתר יתמי אזיל ובמאי דאמר דקי"ל דאין היורשים גובין אפי' מן הערב מספיק ואם בא להורות המקום שאמרו בגמ' באמרו דקי"ל פרק כל הנשבעין דאין היורשים גובים היה מספיק דאין שום חידוש במה שהעתיק לשון הגמ' ודקדק מה שדקדק ואם ללמד דשאני ערב יורש מערב נכרי אין זה נלמד משם רק סברא דנפשיה הוא סוף דבר לא ירדתי לסוף דעתו בהאי ואין לומר דקאמר כו'

מעתה אבא אל מאי דפתחתי ראשונה דאין דעתי נוחה במאי דחייב הערב מהא דמהרי"ק זלה"ה והוא דכמה שאמרו בגמרא דערב' בתר יתמי אזל וכפי הראיות ומה גם מליצת דהטור נראה שאם היינו מחייבי' לערב לפרוע היה חוזר על היתומים וגובה מהם וקשה דוא"ף אם היה הערב פורע למה זה יחזור על היתומים והרי היתומים טוענים שמא פרע אביהם ואינם חייבים כלום ולמה זה יפרעו לערב הואיל וכבר נפטרו מיורשי הלוה ואע"פ שלקתה מדת הדין דהבעלי חוב' יהיו נפטרין והערב יפרע אין זו טענת פטור הגמרא והיה נ"ל לומר דמה שהוא חוזר על היתומים אף אם נפטרו מיורשי המלוה הוא מפני שמת המלוה ואין אדם מוריש שבו' לבניו אבל כשבא הערב לגבות מה שפרע בעד חוב אביהם הרי הוא חי וקיים יכול לישבע שכך פרע בעד חוב אביהם ולא שייך כאן אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא שעדיין לא הונח לי בזה דמ"מ דכיון שנפטרו בטענת שמא פרע אביהם אף אם היינו מחייבים לערב לפרוע לא מפני זה יתחייבו לפרוע לערב אע"פ שהערב חי ויכול לישבע שלא נפרע שהרי באים בטענה שכבר נפטרו מהחוב דלא נתחייב השב לפרוע פעמים

ומצאתי להריטב"א ז"ל בחדושיו דברים אחדים דנראה דלפי פירושו נתיישב מה שהתעוררנו עליו גרסי' בגמ' קהוא דהכיב ושכיק ערבא כו' וז"ל הריטב"א אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל פירוש עיקר החוב מהיתומים הוא וכיון שנפטרו הם שהם כלוה עצמו נפטר הערב ואפי' ערב קבלן דערב במקום יתמי קאי אע"פי שהוא קבלן כל מאי דפרע הדר גבי מיניייהו כי אית להו וכ"כ הר"מ בר יצחק ובן השכימו הרמ"ה והרמב"ן ותלמידיו רבותי ז"ל ומיהו אם הערב כשא ונתן ביד הא אמרינן בפרק גט פשוט דאין למלוה על הלוה כלום ואינו אלא כאלו לוה הוא מן המלוה וחזר והלוה ללוה וכיון שכן איהו גבי מן הערב שהוא לוה שלו והוא גובה מהיתומים ע"כ דבריו ונ"ל דכמה שפירש הריטב"א ז"ל כתיישב מה שנתעוררתי עליו דלמה זה יחזור הערב על היתומים והוא דלא אמרו שהערב היה להם לחזור על היתומים רק אמרו דלמה זה אמר רב ספא שיגבו יורשי המלוה מן הערב והלא כשנפטרו יורשי הלוה דבמקום לוה קיימי נפטר גם הערב ואין כאן חוב ול"מ בערב דאין למלוה לתבוע לערב תחילה דפשיטא דאין נפרעין מן הערב הואיל ובני הלוה כבר נפטרו מהחוב בטענה דדילמא פרע אבוהון ובודאי דגם הערב נפטר שיורשי הלוה במקום הלוה קיימי והואיל וחוב אין כאן ערבות אין כאן אלא אף בקבלן דלא ירלה הלוה לתבוע תחילה מקבלן עכ"ז נפטר נמי דהא שהרי שנעשה קבלן הוא אדעתא לחזור אחר הלוה ואם ירלה הלוה לפרעו תחילה אינו רשאי לחזור על הקבלן כמ"ש בטור ח"מ סי' קכ"ט בשם הרשב"א ז"ל והרמב"ן ז"ל וכדאין חוזר על הלוה שכבר נפטר מהחוב בשבועה אכן שנפטר נפטר גם הקבלן דלא נעשה ערב אלא אדעתא להפרע מהלוה וכמ"ש בעל התרומות שער ט' אבל בעל המאור משמע דס"ל כשם שהיתומים פטורים בשבועה קטנים כך הערב פטור שאין הערב מתחייב אלא במה שמתחייב הלוה וזה משמע מ"ש הריטב"א ז"ל וכיון שנפטרו הם שהם כלוה עצמן נפטר גם הערב וכן משמע בתשובות מהר"ם ז"ל סימן שכ"ג וז"ל דכי היכי דהלוה נשבע שלא יגבה כו' כשלוה אומר שפרע נפטר הערב והאי דקיל ערב מעיקרא משום דאי משתדפין נכסי דלוה שיפרע המלוה מן הערב והואיל ויורשי הלוה נפטרו בטענה שמא פרע אביהם הרי זה לא נשאר כאן חוב ליפרע מן הערב או הקבלן וזהו אומרם ערבא בתר יתמי אזיל הואיל ובאן א"א לילך אחריהם לתבוע מהם שהרי הם נפטרים מהכו באמר לו שכבר פרע אביכו כמו כן גם הערב נפט' מיורשי המלוה באמר להם כבר פרע אביגו משא"כ בנש' ונתן ביד דאין למלוה על הלוה כלום או נפרעין ממנו דאין לו לומר שמא הלוה פרע לאביכם הואיל ואין למלוה על הלוה כלום

היוצא לנו מדברי הריטב"א ז"ל דהיכא שמת המלוה אחר מיתת הלוה נעקר החוב ולא נשאר חוב שהרי אע"פ שהוא שמא פרע ולא גו בודאי דינו הוא כאלו נפרע בודאי ולפי זה למה יפרע הערב וכי ב' פעמים יקבל חובו והא למה זה דומה למה שהוזכר בגמרא שם יאמר רבי אמי עמד בדין ומת כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו לא עמד בדין ומת יורשין נשבעין שבועת היורשים ונוטלין מתקיף לה רב נחמן אטו בי דינא קא מחייבו ליה שבועה מעידנא דשכיב לוה איחייב ליה מלוה לבני לוה שבועה הנה כי כן דברי הריטב"א ז"ל דמשעה שמת מלוה נעקר החוב ולכן אין ליפרע אפי' מהערב

ות"ש בטור ח"מ סי' ק"ח דהיכא דמת לוה והיה לו ערב כו' שבכל מה שגובין מהערב הוא חוזר על יורשי הלוה לאו למימרא שחוזר וגובה ממש רק ר"ל שהואיל והדין נותן שהערב חוזר על היתומים ובאן א"א לחזור עליהם שהרי באים בטענה שמא אביהם פרע ונפטרו כמו כן הערב נפטר וזהו אמרם שבכל מה שגובין מהערב כו' כלומר הואיל שהדין נותן לחזור עליהם ואינו יכול כפי הדין לחזור עליהם גם הערב נפטר ומה שנפרעים מן הערב כשלא הניח הלוה נכסים אע"כ שמת לוה בחיי מלוה הוא מפני שאין יורשי המלוה תובעים מהלוה ר"ל מיורשי הלוה ואינם יורשי המלוה בעל דברים דידהו שהרי לא הניח להם נכסים ולא נפטרו מטעמא דאין אדם מוריש שבועה לבניו רק מפני שאינן ב"ח דידהו ולכן הערב הוא במקום לוה דאדעתא דהכי נתחייב שאם אין נכסים ללוה לפרוע הוא כמו שהזכרנו משם הר"ם ז"ל ולכן לא נתחייבו יורשי המלוה שבועה שהרי אינם תובעים ליורשי הלוה כלום שהרי לא נתחייבו הם לכתוב הוא אביהם במקום שלא הניח להם נכסים וא"ת אי איתא דנשבעה נוי כאלו נעקרי' החוב ואין כאן חוב למה זה כשלא הניח הלוה נכסים איכא מ"ד דנפרע מן הערב וכמו שהביא הטור סברתם סימן ק"ח י"ל דאפי' אם נאמר דהריטב"א

לא פליג. להו מ"מ לא דמי דהתם לא הניח הלוה נכסים ה"ל כאלו הוו יורשי המלוה בעלי חוב והואיל ואינם הם ב"ח לכן נפרעין ממנו שהרי הוא אין לו לחזור על היתומים והכי דלא לוסיף עלה דאם אמרו על היתומים הוא כשהם ב"ח אבל כשלא הניח נכסים דאין כאן ב"ח יתומים רק ב"ח אחר שהוא הערב דמה לי שלא הניח יורשים מה לי שלא הניח נכסים הרי נסתלקו היורשים מחוב אביהם ולא נשאר ב"ח כי אם הערב ועל זה נאמר הכי דלא לוסיף עלה ואם אמרו ביתומים כשהניח נכסים לא אמרו בערב

העולה מדברי הריטב"א ז"ל דטעם פטור הערב הוא דהוי כאלו אין כאן חוב ולפי זה מה לי שהערב הוא איש נכרי או אם הוא יורש הלוה הרי מעשה שמת הלוה מורישיו נפטרו בשמא פרע המוריש דכבר נתבאר בגמ' דאין הפרש אם היורש בן או אח וכמו כן דאין הפרש בין אם הערב הוא יורש אם לאו דהואיל והניח נכסים שהיה לו ליפרע מהם אלא משום דילמא התכים הלוה כררי אינו גובה מהם מה לי אם הערב הוא איש זר אם לא והרי מלוה אין כאן ערבות אין כאן והילך מ"ש בע"הת בשער י"ד כשהביא מחלוקת יש כשהיתומים הם קטנים אם נפרעין מהערב והביא סברת בעל המאור כתב וז"ל דס"ל כו' כנזכר לעיל הא קמן דכת' דאין הערב משתעבד אלא במה שהלוה משתעבד ר"ל הלוה או יורשיו והנח עלמך שיש יורש אחר והוא פטור מטעמא דדילמא פרע האב היצדק לומר שאח יפטר דדילמא פרע האב וזה שהוא ערב יפרע חלקו וכי הפרעון לא היה בשלמות על שנאמר שאח יפטר והאחר יפרע ומה טעם הוא לחייבו מפני שהוא ערב · סוף דבר דברי מהר"יק עמדו תנגד שהרי לא חלקו אותו בגמ' וכן לא נזכר זה החילוק בשום א' מהפוסקים אשר שלטה עינינו בהם ולא דבר רק הוא לדחות דבריו ממה שלא נזכר בגמרא ובשום א' מהפוסקים שקרוב לזה כתב בע"הת בשער י"ד על ענין אחר וז"ל ואלמלא היה דין לוקח כדין הער' וכדין יתומי' מן היתומי' לא השמיטוהו רז"ל מלפרשו כשם שהזכירו שדין א' ליתומים ולאח ואע"פ שדין היתומי' והאח נאמר שם על מעשה שהיה מ"מ אמר הרב מדלא הזכירו שם לוקח כ"ש דיש לנו לעשות עיקר דאם איתא דיש חילוק בין ערב זר לערב יורש לא הוו שבקי רז"ל כשאמר ערבא בתר יתמי אזיל לומר ה"מ כשהערב אינו יורש כו' וכל זה שכתבתי הוא על מה שחייב לערב ממה שמנא במהר"יק שחייב לערב כשהוא יורש ואין זולתו

עתה באתי אל מה שחייבו מחמת הנאמנות דכשהוא בקנין כ"ע מודו דאפי' מת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת מלוה דגובין יורשי המלוה מיורשי הלוה וז"ל החכם השלם הפוסק נר"ו ועוד אני אומר דאפילו נודה למאן דסבר דאפי' פטור בפי' לא מהני ליורשים ה"ה דלא מהני במת לוה כו' בכ"ד שיש קנין מהני · שהרי כתב הריב"ש ז"ל בסימן ק"ח שלדעת ר"ח ז"ל נאמנות בפי' ובקנין מהני אפי' ללקוחות ע"כ ואם ללקוחות מהני כ"ש ליורשים ואפי' תימא דמאן דס"ל דפטור בפירוש לא מהני ליורשים ה"ה ללקוחות אפי' בשקנו מיניה ביורשים מיהא מהני דמהני בקנין וכ"כ הרשב"א ז"ל הביאה הרב ז"ל בא"ה סימן כ"ח וז"ל אם יש נאמנות בפירוש בכתובה נוטלת ה"א שלא בשבועה כו' וכן דעת הרי"ף ור"ח ז"ל וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ ר"ח ז"ל ואע"פ שהרז"ה ז"ל כתב כשבא מאיל אפי' באומר בין מחני בין מיורשי

עוד כתב החכם השלם נר"ו וכפי זה הטור פליג על הריב"ש שהרי הריב"ש ז"ל כתב דלדעת ר"ח ז"ל אם קנו מיניה מהני אף ללקוחות ואלו לדברי הטור ז"ל בהכרח דללקוחות אינו מועיל אפי' קנו מידו שהרי כתב הטור סי' ל"ח בשם ר"ח ז"ל מעשים בכל יום שאין נפרעין מהלקוחות אלא בשבועה ומהיורשים שלא בשבועה עוד כתב החכם השלם נר"ו ומיהו קשה שהטור כתב בא"ה סימן צ"ח שמסקנת אביו כר"ח דאפי' נאמנות בפירוש לא מהני ליורשים ואלו בח"מ סימן ע"א כתב בשם הרא"ש ז"ל דאפי' גבי יורשים מהני כו' שוב ראיתי למהר"ש אזון ז"ל בסימן ל"א נרגש מזה עכ"ל ומה מאד תמהתי על החכם השלם הפוסק נר"ו כפי רוחב בינתו איך יצאו דברים הללו מפיו והביא ראיה מההיא דהריב"ש ז"ל דהקנין אלים ומיפה כח הנאמנות שהרי דברי הריב"ש ז"ל ברור מללו דמה שמועיל הקנין הוא דקנין קלא אית להו ולקוחות איהו דאפסידו אנפשייהו לאסוקי היכא דלא היה קנין והודע להם הנאמנות דאז לא הפסידו הלקוחות והקנין שהובא בא"ה בשם ר"ח אינו ענין לאלים וליפות כח הנאמנות רק ענין אחר הוא כמו שלמדנו והאיר עינינו מהרי"ק ז"ל בתשו' שהביא משם הריטב"א נביא אותה לפנים בע"ה ישם אותה תשובה יתבארו היטב כל מ"ש הטור וכן מ"ש בח"מ ויש לתמוה על החכם השלם שאמר שהקנין אלים כחו להקנות מה שאינו נקנה כפי הדין וכי מי שמקנין דבשל"ל ע"י קנין מהני נהי דמלינו דהקנין יועיל להו זיף על הדבר בית לדירה אבל לענין הנאמנות דמה דאינו מועיל הוא מפני תקנת חכמים שאמר אבא שאול אבל מה אעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה והושיבו על זה רב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו איך יתקן זה ע"י קנין

וכדי לברר זה וליישב דעת הטור ולבאר תשו' הרשב"א שהביא שם מהרי"ק ז"ל נבאר דעת כל אחד ואחד בענין הפטור מה שבררתם ובע"ה יתלבנו הדברים כתב הריטב"א בחידושי שבועות בפרק כל הנשבעין וז"ל אבל בבאים המלוה או יורשיו לגבות מהיתומים ויש כאן זכות בשטר לו וליורשיו על הלוה ועל יורשיו כו' · שדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל שנאמנות מהני לגבי יורשים אבל לא לגבי לקוחות כו' אבל לדעת הרז"ה ואחרים עמו דלאבא שאול אין נאמנות מועיל לגבי יורשים שכבר תיקן רז"ל שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ולפי זה כל שמת הלוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה הפסידו ואינן גובין מדרב ושמואל ואע"פ שיש בשטר כל נאמנות שבעולם אבל בשם חכמי נרבונה כתב דגובין מיהא בשבועה דיורשים כדאמרינן בדרב ושמואל הבו דלא לוסיף עלה אף זה בכלל ולא דיינינן תרי קולי קולא דרב ושמואל וקולא דאבא שאול ודיינו לומר שלא לגבות בלא שבוע' אבל לומר שיפסידו שלא לגבות אפי' בשבוע' משו' דרב ושמואל לא אמרינן וטעמא דמסתבר הוא וכן נהגו בכל הגליל הזה כהרמב"ם ז"ל וכן דעת מורי הרשב"א ז"ל אבל מורי הרא"ה ז"ל היה סובר כדעת זקנו הרז"ה עכ"ל

היוצא לנו הוא דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דנאמנות מפורש מהני לגבי יורשים ולא לגבי לקוחו' ור"ח ס"ל דמהני ללקוחו' וליורשים בתנאי שקנין הנאמנות יקדים ללקוחות משכתב הריב"ש ז"ל בבירור משום דקנין אית להו קלא ואינהו הוא דאפסידו אנפשייהו וליורשים דמהני הוא דוקא ע"י

קנין נ"א ע"י כתיבה. כדכתבו הגאונים באמירה. וכמ"ש
הריטב"א ז"ל בפירוש באותה תשובה שהבאתי מרן משמו
דשבועה ע"י כתיבה לו וי"ה אמרינן דילמא לא גמר לעקור
תקנת חכמים שאמרו הבא ליפרע מנכסי יתומים יע"ש
וזהו נ"כ סברת הרא"ש ז"ל

מעתה ת"ש הטור בשם ר"ת ז"ל מעמים בכל יום דאין
גובין מהלקוחות אלא בשטעה הוא שנקדם קניית
הלקוחות לנאמנות וכו' ומהיורשים אלא בשבועה הוא
דוקא בשקנו מידו ולא בכתיבה לחודה ושהביא הטור
דין הנאמנות לגבי יורשים כי שם ביתו שם הביא סברת
הרי"ף ז"ל דאמר דמהני וגם הביא סברת ר"ת ז"ל דמהני
וכן הביא סברת הרא"ש ז"ל וגם פירש דמאי בקאמר
ר"ת ז"ל דלא מהני הנא דורא היכא דלא קנו אבל היכא
דקנו מיניה מהני ועכס הדבר כמו שפירש הריטב"א ז"ל
דבלא קנין אמרינן דילמא תקנתא דרבנן לא גמר ואקני
בכתיבה לחודה אבל בקנין אמרינן דודאי גמר ואקני ולא
כמו שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו דהקנין אלים כחו
אפי' למאן דסבר דנאמנות בפ"לא מהני

והנה עם מ"ש נתחוורו לע"ד מ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה
שכתוב בה ואם יש בכתובה נאמנות משועבד
נוטלת היא אפי' שלא בשבועה כמשנתינו דהכותב ואבא
שאול שאמר מה משנה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע
מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה לא אמרו אלא
בנקי נדר כו' שלא האמינה בפירוש כמשנתינו וכן דעת
הרי"ף ור"ח וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ ר"ח וכו ואף על פי
שהרז"ה ז"ל כתב שאבא שאול אפי' באומר בין ממני בין
מיורשי כו' עכ"ל והנה החכם השלם נר"ו הביא זאת התשו'
לעזור ומכה דבקנו מיניה כ"ע מודו דמהני כטורא ואני
תמיה על דבריו שהרי על מה שהביא ואמר וכ"ש אם קנו
מידו אמר ואע"פ שהרז"ה כתב כשאבא שאול אפי' באומר
בין ממני כו' נראה בבירור שהרז"ה ז"ל פליג אפי' בשקנו
מידו דאין לומר דלא פליג הרז"ה ז"ל אלא אהיא דינא בשלא
קנו אבל במ"ש וכ"ש דלא פליג דזה אינו מן המובן

והנה החכם השלם נר"ו נתקשה לו במ"ש פעמים ור"ח
עד שהגיה ואמר דר"ח המוזכר בראשונה הוא
ט"ס ואני בעניי נ"ל דתרי מילי ניניהו קודם הביא סברת
הרי"ף ז"ל בפירושא דאבא שאול דלא אמר רק באומר נקי
נדר כו' שלא האמינה בפירוש כמשנתינו וזהו דעת הרי"ף
ור"ח ז"ל בפירוש דברי אבא שאול ודלא כפירוש הרז"ה ז"ל
ואחרים עמו דמפרשים הא דאבא שאול דפליג אף בהאמין
בפירוש לו וליורשיו ואיכא בינייהו דלהרי"ף ור"ח ז"ל מהני
טור מפורש משא"כ לפירוש הרז"ה ז"ל אפי' מפורש לא
מהני דהלכתא כאבא שאול ושוב כתב וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ
ר"ח ז"ל ר"ל שהוא פסק דין שנוטלת בלא שבועה משום
דהרשב"א ז"ל מפרש דברי אבא שאול כדפירשו השמועה
ר"ח והרי"ף ז"ל ושוב אמר וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ ר"ח
והרמב"ן ז"ל כלומר אליבא דידי דאני מפרש דברי אבא
שאול כדפירשו ר"ח והרי"ף ז"ל וזה אף כי לא קנו נוטלת
היא שלא בשבועה וכ"ש אם קנו דבשקנו פשיטא דנוטל' היא
דבשלא קנו יש לחולק ולומר דבכתיבה לחודה לא
גמר לעקור תקנת חכמים לכן אמר לדידי אף שלא קנו
נוטלת וכ"ש אם קנו וכ"כ ר"ח דבקנו נוטלת היא דעל ידי
קנין גמר לעקור התקנה וכן בהריטב"א ז"ל כתב שדעת
הרשב"א כדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל

עוד יש מאן דסבר דאע"פ דפירש אבא שאול היא
דלא כהרי"ף ז"ל ולא מהני אפי' נאמנות מפורש
מ"מ אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה נוטלין היורשים
בשבועה דשלא כקדנו אבא דלא עבדינן תרי קולי קולא דאבא
שאול והרז"ה ואחרים עמו והרא"ה גם הוא ס"ל דאין שום
נאמנות מהני ועבדינן תרי קולי ולי הקטן נראה דלאו
הרז"ה ואחרים עמו והרא"ה ז"ל דורא הם מבעלי סברת
זו אלא כל הסוברים דמאי דאמרינן בגמ' דעבד כר"א עבד
הוא בדיעבד דלכתחילה עבדינן כרב ושמואל ורלייתם כתובה
על ספר משם תדרשנו הנה כל אותה הכת נ"ל דס"ל כהרז"ה
דלא הוו תרי קולי דהואיל ולכתחילה עבדינן כרב ושמואל •

היוצא לנו מכל האמור דאליבא דד' עמודי גולה שלא הם
הרז"ה ואחריך עמו דאין אחרים כרות שכנם
והרא"ה ז"ל אין שום נאמנות מהני ויש למחזיק לומר קים
לי כהני רבוותא • עוד הייב את היורשים קצת שראה
במהרש"ח ז"ל ס"י ל"א דאם כתוב נאמנות כל ומסודר כו' שבא
לטפויי ענין הנאמנות ליורשים וגם זה לא הונח דאכילן
דבעל בני שמואל עשה עיקר מ קנו ולא הם לשכן של
מהריב"ל ז"ל מלבד דאין אנו מוכרחים לקבוע הלכה ולהוציא
מהמוחזק על פי בני שמו' נגד ספקו של מהריב"ל ז"ל הרואה
יראה דלא אחרה בב"ש רק מפני שכתו' בשטר הכתובה ורצה
שיסודר ופירשו שר"ל שרצה החתן שיסודר כל ענין היונו
באריכה כ"כ פעמים שיצטרך לעצת חכמים בכל חזקי' מוכר
ע"כ ושוב כתב ואח"כ נקטינן מהאי דבכתובה זו ה"ל שמי
שכתב נאמנו' בפירוש לה וליורשי' ממנו וליורשיו כיון דנהיגי
לכתוב בכל השטרות ונאמנות כו' ע"כ הרי שנכתו הוא
משום תרי טעמי משום שכתוב ורצה שיסודר ומשום דנהיגי
לכתוב בכל השטרות ונאמנות נכ"ד ואי דאין מנהג העיר
לכתוב ורצה שיסודר כ"ש דמי יגיד לנו אי נהיגי לכתוב
נאמנות וכל זה הוא משנה שאינה צריכה שאף שהיה כתוב
בפירוש הרי הרז"ה ואחרים ס"ל דאין גובין מיורשי הלוה
וגדולה מזו מצינו בטור ח"מ על שני יוסף בן שמעון בלוה
אחד מהם מאחד כו' והערב אינו משתעבד אלא במקום שיוכל
לתבוע מהלוה עצמו וכיון שאינו יכול לתבוע מהלוה עצמו
אינו גובה מנכסיו נמצא הערב לשני יוסף בן שמעון בין
לשני מלוין בין למלוה אחד כיון שאינו יכול לתבוע מהם כך
אינו יכול לתבוע מהערב עכ"ל והנה דברים אלו הם כדברי
הריטב"א ז"ל הילכך בנ"ד שאין הערב יכול לגבות מיורשי
הלוה שהרי הם כבר נפטרו מיורשי המלוה שטוב שאין אנו
מוריש שבועה לבנין גם יורשי המלוה אינם יכולים לתבוע
מהערב שאין הערב משתעבד אלא במקום שיוכל לגבות
מהלוה וגם הוכחנו דהא דמהרי"ק ז"ל דקויה היא אגב
הריטב"א וגם הסברא קושמת שיאמר הערב וכי מפני שאני
זכר הפסדתי מכל הני הקטע לי קגון דהערב הוא פטור ואל
אלוה אשים דברתי שהחכם השלם הפוסק נר"ו יהיה עוד
לנגד ומתורתו יראנו נפלאות כאשר יתגנהו הלידה ושבטן
כי המחבר הקטן דוד אגוזי

ס"ח זה כתבתי לבלרו אל הרב הנז' בחיים. חייתו ובני
וביני כתבו הרב בישיבה של מעלה

הדר המוריה • גפן פוריה • זיו ליה כבר בתיה •
גדול העצה ורב העליליה • הרב המובהק ראש
שבטי ישראל כמהר"ר דוד אגוזי נר"ו אחרי קודי מכרוע
על ברכי וכפי פרושות השמים כשאנו נכון לכולם יהיה ולא
יעדי עביד שולטן מדכיתיה. אל גנת אגוז ירדתי לראות באבי

כח! עליו נהר פלגין על התורה ועל העבודה ואחוה אני מדוחת אלהים כפלאות מתורתו העתיק הרחיב בהויות דאביי ורבא ועל עבותות היה דמר קא שמיכנא ולכן אתודע לרבות לכתוב לדרות שתים על פני רוחב דבריו ומפורי אמריו

הן קדם כתב מר על דברי הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש כ"א הנה בתה שרצה לומר שבא תו הנידון יש לוה וערב ויורשי האשה לא יכולתי למצוא דברי חפץ ולא אטפל בישוב כי אינו עניין לנ"ד ע"כ ואני תמיה עלי דמר על רוחב שכלו ורוחב מבינתו איך לא מצא דברי חפץ והדברים ברורים שיש בתשובת הגאון מהר"י קולון ז"ל היסור לשון הניכר ואחר מ"ש בשאלה ומן המאה עשה שע"ח נעולה בערכאות שלהם לאבי שמעון צריך להוסיף ואבי שמעון נתחייב בנין לכלות כמ"ש בתשובה להחכם הש' מר קשישא כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו והכרחתי הדבר מכמה מקומו' התשובה ולפי ההגה"ה ההיא שהיא מוכרחת יש כאן לוה וערב ויורשי האשה לוה הבעל ערב אבי הבעל ויורשי האשה אבי האשה וכל יוכאי ידיכן ולא ידעתי בלתי הגה"ה זו איך היה מתיישב למר תשובה זאת מלבד מה שהקשה מר דבלא הגה"ה זו לאו סיכא ריעא ולאו ריעא סיפא וכל דבריה כדברי הספר החתום

תו כתב מר שלא יכול לרדת לעומק דבריו במ"ש ואין לומר כו דהרי במאי דהקדים ואמר ותרצה לדמותו למלוה ע"י ערב הן הדברים שאמר ואין לומר כו' כמ"ש בתשובתו הרמתי"ה ואיברא ודאי דלכאורה נראה שהן דברים כפולים אמנם נראה לע"ד שדברי מהר"י קולון ז"ל הראשונים הם באים לפטור הערב מכח היתומים דאם אנו נפרעים מן הערב חוזר על היתומים ונמצא שאנו נפרעין מן היתומים דלטעם זה כל שהערב הוא היורש נפרעין ממנו דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל אבל במ"ש הרב מהר"י קולון ז"ל בואין לומר בא לפטור את הערב אפילו הוא היורש וליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל וה"ק נהי דאי ליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל נפרעין מן הערב ואמאי נפטריה לערב בטענה זו ונמצא שהפיטור לערב מטעם עצמו ולא מטעם שחוזר על היתומים וכיון שהפטור הוא מטעם עצמו ולא מטעם שיהא חוזר על היתומים אפילו הערב הוא היורש פטור דיכול לומר שמא אתפסה כררי ולזה הביא ראיה מפו' הגמ' דלא פטרינן לערב אלא מטעם שמא יחזור על היתומי' אבל כל דליכא טעמא שמא יחזור על היתומים לא פטרינן ליה מטענת עצמו מדאמרינן בגמ' ערבא לאו בתר יתמי אזיל ואמאי אצטריך האי טעמא תיפוק לי דמצי הערב טעין שהלוה התפיסו כררי ואין היורשים יכולין לישבע על כך דאין אדם מוריש שבועה לבניו ויפסידו מדלא קאמר הכי בראה שאם לא היה הטעם מפני שהערב חוזר על היתומים משום טענת עצמו לא היינו חוששין דכגון זה הבו דלא לוסיף עלה דכדי לפטור לערב לא טענינן ליה שהלוה התפיסו כררי ל.פסיד ליורשים כיון דמלוה בשטר היא ואי הלוה הוה קיים וטעין הכי בשבועה הוה גבי ואם אנו פוטרין לערב מפני טענה זו כגון זו הבו דלא לוסיף עלה הוא הלא ודאי אין לפטור לערב בטענה זו אלא כשחוזר על היתומים דאם אתה אוזר שיפרע מן הערב לא הרווחנו כלום דנמצא שנפרעין מן היתומים אבל כשאינו חוזר על היתומים נפרעין מן הערב ואינו נפטר בטענה זו דהבו דלא לוסיף עלה וכ"ש בין כשבא לפטור בטענת עצמו לכשבא לפטור משום שלא יחזור על היתומים כשהערב הוא היורש לכשבא לפטור בטענת עצמו בין אם הערב הוא איש זר בין הוא יורש נפטר בטענה זו ואינו נפרע אבל כשנפטר מחמת שלא יחזור על

היתומים כל שהערב הוא היורש נפרעין ממנו דליכא טעמא דערבא בתר יתמי אזיל אי נמי כשאין נכסים ללוה למ"ד דנפרעין מן הערב דליכ' לטעמ' דערב' בתר יתמי אזי' אם היה נפטר בטענת עצמו אפילו לא היה נכסים ללוה אינו נפרע מן הערב מפני שפוטר עצמו בטענה דילמא כררי אתפסך וכבר נפטרתי מן הערבות זה נ"ל ליישב דברי הרב הגאון מהר"י קולון ז"ל ונראה שהוא האמת ולפי זה סברת הגאון מהר"י קולון ז"ל היא מוכרחת מפאת סוגית הגמ' ומה גם למ"ד דאפילו לית נכסים ללוה דאינו נפרע מן הערב דאם איתא דאין חילוק בין ערב נכרי לערב יורש ובכולהו גווני נפטר הערב ואפילו אין נכסים ללוה עדיין לא נתיישב מה שהוקשה לגאון מהר"י קולון דאמאי לא קאמר דמצי טעין שהלוה התפיסו כררי כיון דליכא שום נפקותא בין אי טעין הכי או טעין הכי דבין טעין הכי או משום שלא יהא חוזר על היתומים הערב פטור לעולם דליכא גוונא שיהא הערב חייב אבל אם נאמר דכשהערב הוא היורש חייב הערב לפרוע לא רצה לפטור הערב מפני טענת עצמו משום דנפיק מינה דאף כשערב יורש אין נפרעין ממנו וק"ל ליתא דהערב כשהוא יורש דליכא טעמא דבתר יתמי אזיל נפרעין מהערב ולא אמרינן בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו דהבו דלא לוסיף עלה ובזה נ"כ ניצלנו מן הדוחק דדחיק מר על אם יש חילוק בין יורש ערב לאיש זר לא הוה שתיק גמ' מלהשמי' זה דמדאמרי' אנו ערבא לאו בתר יתמי אזיל אלא אמרינן אנו ערבא לא מצי טעין התפיסך הלוה כררי מוכח בבירור שיש לחלק בין ערב יורש לאיש זר מלבד מה שכתבתי בקונטרי' שכתבתי למהר"י איסקאפה נר"ו

תו קשיא ליה למר אמאי דאמרינן דערב בתר יתמי אזיל דכיון דאם היינו מחייבים לערב לפרוע היה חוזר על היתומים וגובה מהם ולמה זה יחזור על היתומים והרי היתומים טוענין שמא אבינו פרע ואיכן חייבי' כלום ולמה זה יפרעו לערב הואיל וכבר נפטרו מיורשי המלוה וכיוצא ליה למר במ"ש הריטב"א ז"ל בחדושיו ומהר"ם בתשובותיו ולמד מר מדבריהם דכונת הגמ' לומר אנו ערבא לאו בתר יתמי אזיל הכונה לומר דכיון דאין חיוב הערב אלא כשחייב הלוה וכל שנפטר הלוה נפטר הערב יתמי נ"כ במקום לוה קיימי וכל שאין גובין מן היתומים אין גובין מהערב ובסוף דבריו הביא ראיה ממ"ש הטור ח"מ סי' מ"ט דהערב אינו משתעבד אלא במקום שיכול לתבוע מהלוה עצמו ובתחילה משתעב"ת לא ראי זה כראי זה דלא כתב הטור כן אלא כשאינו יכול לתבוע מהלוה אפילו מהלוה עצמו אם הוא חי דהיכא לימור הערב לא נשתעבד אלא במקום שיש בא לגבות מן הלוה מן הדין יכול לגבות אלא שאין לו חוזר על הערב אבל כשאינו יכול לגבות מן הלוה בעצמו אפילו הוא חי ויש לו כגון שכי יוסף בן שמעון לא נשתעבד הערב אבל בנידון הלז שאם היה הלוה קיים היה גובה בשופי אלא שהלך המות הנסיה ומת ויורשיו אינן פטורין אלא משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו מי זה אשר שאין הערב חייב לפרוע כיון שהיה יכול לגבות מן הלוה אם היה חי אלא שהמות הפריד גם מה שדחק מר לפרש דברי הטור במ"ש שכל מה שגובין מהערב הוא חוזר על היתומים דלאו דוקא כו' האדם יראה לעינים שהוא דוחק גדול שאי אפשר לסבלו ומה גם בהרשב"ס שכתב בפירוש שאם תאמר יפרעו מן הערב הרי הערב חוזר ונפרע מיורשי לוה חוי מר מי שם פה לאדם לומר שדבריו לאו דוקא הלילה גם בעל התרומות בשער י"ד כתב הילכך אם אתה מחייב את הערב נמצא שהיתומים אנו מחייבים לכתחלה ולכתחלה ודאי הא קי"ל כרב ושמואל גם במחלוקת הפוסקי' אב נפרעין מן הערב כשאין ללוה נכסים הוצרך ליכנס עצמו

שלא ברוחק הלימה כמו שירחה המעיין. ומה יענו שכתי
מה שת"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ק"ח סעיף ל"א
בשם הרי"ף ז"ל בלשון הזה וכ"כ הר"מ אפי' אי לא ידיע
נכסי ללוה דלא אזיל ערבא בתר יתמי אפ"ה לא גבי מערבא
דחיישינן דילמא שבק לוה נכסים במ"ה ואזיל ערבא וגבי להו
מיתמי כו' ע"כ דברים אלו מורים נאלבע דא' גבי מהערב
הוזר הערב על היתומים

ורואה אני שמה שהגיעו למר להכנס בדוחקים הללו הוא
מפני שסובר דהיורשין נפטרין בטענה שמא פרעך
אבינו ואחשיב מר טענה זו כל כך בריאה וטובה עד שרוצה
לפטור בטענה זו בעלמא והא ליתא דהך דינא דרב ושמואל
לא תימא שמא פרע אביהן הוא דנכי דמה שנתחייב אביהם
שבועה הוא מפני דאמא היה טוען הלוה פרעתי מ"מ לא
היתה מספקת טענה זו לפטור ללוה אלא להשביע למלוה
אבל שאם מת גם המלוה אחר הלוה אנו פוטרין ליורשיו
משום דאין אדם מוריש שבועה לבניו לפי הפירושים או מפני
שאין יכולין היורשים לישבע השבועה עצמה שהיה אביהם
חייב שאביהם היה נשבע בבריא לא נפרעתי והן אינם יכולי'
לישבע אלא שלא פקדנו אבא או מפני שכל ממון שאין יכול
לגבותו אלא בשבועה אינו זוכה עד שישבע וכשמת ולא נשבע
אינו יכול להוריש לבניו כמלא שאין טעם פטור היורשים
אלא מפני שאין אדם מוריש שבועה לבניו אבל מן הדין היה
שיפרעו כיון דמלוה בשטר הוא אלא משום שבועה דאין אדם
מוריש שבועה לבניו נפטרין היורשין והיא טענה אלושה
וקלושה כ"כ עד שאמרו בגמ' דיינא דעבי' כר"א עבד
ואמרינן כמי האי שטרא דיתמי לא מקרע קרעינן ולא
אגבויי ביה מגבינן לא מגבינן ליה דילמא ס"ל כרב ושמואל
ולא קרעינן ליה דהאי דיינא דעבד כר"א עבד ורוב הפוס'
כתבו דאם קדמו היורשים של מלוה ותפשו מנכסי הלוה אין
מוציאין מידם כמלא דהך דינא דרב ושמואל אינו טעם קיים
דדיינא דעבד כר"א עבד ולא קרעינן ליה לשטר' וכן אם תפשו
היורשים אין מוציאין מידם

ואחרי שנתבאר זה לא נשאר מקום קושי בזה דאם היינו
אומרי' דנפרעין מהערב אינו רחוק שילך הערב
ויגבה מן היתומים דלא גרע מדיינא דעבד כר"א עבד או
אם קדמו היורשים ותפשו דאין מוציאין מידם אף כאן אם
הדין דן לחייב לערב הוי כדיינא דעבד כר' אלעזר או בקדמו
היורשים ותפשו ומיהו מודינא שהדבר מחלוקת גדולים הוא
דלדעת הריטב"א ז"ל אף אם היה גובה מן הערב לא היה
הערב גובה מהיתומים ולדעת שאר הפוסקים גובה עם
שהייתי יכול לפרש שאף הריטב"א סו' דחוזר שערב וגובה
מן היורשים שזה שכתב הריטב"א ז"ל ואפילו ערב קבלן
דערב במקום יתמי קאי אע"ג שהוא קבלן כל מאי דפרע
הו"ר גבי מינייהו כי אית להו הכונה לומר שאפילו ערב קבלן
שפרע ללוה היכא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה
גובה מן היתומים דהוי כקדמו היורשים ותפשו והייתי יכול
להשיא זה מת"ש הריטב"א שכ"כ הרמ"ה ז"ל ואנן חזינן
להרמ"ה ז"ל שכתבו הטור וה"ה ז"ל בשמו דאי פרע ערבא
גבי להו מיתמי אבל איני רוצה להכני' עצמי בדוחקי' ועלה
מידינו דלפי דברי הריטב"א דמפרש ערבא לאו בתר יתמי
אזיל שהכונה לומ' שכל שנעק' החוב גם הערב פטור אין ספק
דאין חילוק בין ערב יורש לערב שאינו יורש כמו שאמר מר
ותורת אמת היתה בפיהו ויכול המוחזק לומר קים לי כמי
שאומר שאפילו אם הערב הוא היורש נפטר ואם כתבתי
בקונטריסי בפשוט דאינו נפטר מן הטעם הזה הוא מפני
שלא ראיתי דברי הריטב"א והייתי סובר דסברת מהר"י קולון
ז"ל היא מוסכמת אבל עתה דמר גלי לן מ"ש הריטב"א

באורכין פלוגתא דרבוותא הוי ויכול המוחזק לומר קי"ל
ומיהו בנדון דידן דלאו הכי חייב הערב לפרוע מטעמים
האחרים שכתבתי בקונטריסי כמו שאבאר בס"ד

ואבא היום למה שכתב מר בטעם האחר שכתבתי
מטעם הקנין זכה לכ"ע ורוצה להקשות בזה
שהבין מדברי דהקנין אלים כחו ואלים כמו מדברי הריב"ש
והריטב"א ופירש מר דתרי גווני דנאמנות וקנין איכא חד
משום קלא דמהני ללקוחות וחד לאורויי דאע"פ שהוא תקנת
חכמים דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבוע'
בקנין זה הורה דגמר ומקני ומהני כמורא דידהו. וכמ"ש
הריטב"א ז"ל בתשובה והקנין שהוא משום קלא מהני ללקוחו'
כשקדם הנאמנות ללקוחות . ועפ"ז ישב דברי
בעל הטורים והרשב"א ז"ל ולא ידעתי מה ראה בדברי הכך
זה בדבר שהוא מפורש בדברי הריב"ש ז"ל ובדברי הרב בעל
הטורים ז"ל ובדברי הריטב"א ז"ל ואני לא כתבתי אלא
ליישב דברי ר"ח שלא יקשה דידיה אדידיה דהא דקנו מיניה
והא דלא קנו מיניה וכן מצאתי עשיו בפירוש בספר
המאור בשבועות פרק כל הנשבעין כתב ראיתי לר"ח ז"ל
שחלק בענין הנאמנות בין שיש בה קנין לשאין בה קנין
ומתך דבריו על הירושלמי ואין ברוקין אנוכו :
(הגה"ה וכן מצאתי אחר זמן רב בתשובות הרא"ש סימן
ז' וקל"ג ולבעל גדולי תרומה בדף קל"ד חלקו בין שיש בו
קנין לאין בו קנין גם החכם השלם הרב כמהר"ר אהרן
קופינו ז"ל שכתב לי על ענין זה כתב שהוא ג"כ חילק כן
כמו שתראה בתשובה אחרת בחלק הזה סימן ס"ט עד כאן
ההגה"ה) ואם מפני שכתבתי ואם ללקוחות מהני כ"ש ליורשי'
שפט מר בדברי שדעתי דהקנין אלים ומיפה כח הנאמנות
אני תמיה מאד על זה דכוונתי בם לומר דאם ללקוחות דאפי'
הרי"ף ז"ל דסובר דאע"ג דפטור בפירוש מהני ליורשים
בלקוחות לא מהני הקנין מהני כ"ש ביורשים דלדעת הרי"ף
ז"ל פטור בפירוש מהני ומיהו האי כדיניה והאי כדיניה
ללקוחות הוי הטעם משום קלא וביורשים הוי
הטעם משום דגמר ומקני וזהו מה ששאלתי
מדברי הריב"ש ז"ל לומר דסובר דאפי' לר"ח ז"ל דלא מהני
פטור בפירוש בקנין מהני דכמו שבלקוחות נאמנות להודיה
לא מהני בקנין מהני והטעם משום דקלא אית ליה והיכא
דאפסידו אנפשייהו אף ביורשים דלא מהני נאמנות אפילו
בפירוש בקנין מהני ואומן הכ"ש על הדרך שכתבתי להטעה
ובזה מה שהקשה מר עלי וכי מי שמקנה דבר ע"י קנין
יהנה קושיא זו על הנחה שאני סובר דהקנין אלים הנאמנו'
וכבר נתבאר דליתא וכמ"ש

ומ"ש מר ליישב תשובת הרשב"א ז"ל שכתבתי שיש בה ט"ס
ויוצא לפי ישובו דר"ח סובר כהרי"ף ז"ל דאם
האמינה בפירוש מהני לא ידעתי מאין מצא מעכ"ת כן
בדברי ר"ח ז"ל שהרי הרא"ש ז"ל כתב בפרק הכותב בכי'
דר"ח פסק כאבא שאול דאפי' פטרה מהדיא מן היורשים
משביעה וכ"כ הטור בפירוש שר"ח ור"י פסקו כאבא שאול
דלא מהני כלל גבי יורשים אפי' פירש לי וליורשי וכן כתב
הריטב"א בתשובה שהביא מר וכן הרב המגיד בפרק הכותב
כתב בשם ר"ח דהלכה כאבא שאול דאפי' פיטו' בפילא מהני
איברא שראיתי להרשב"א בחידושי שבועות בסוף פ' כל
הנשבעים כתב וכבר כתבתי בפרק הכותב דשטר
שיש בו נאמנות אי גבי בלא שבועה מיתמי ליש מי שאומר
דאין נאמנות מועיל לגבי יתומים מדאבא שאול והרב
אלפסי ור"ח ז"ל אמרו דמועיל ומדשנה לכתוב כן באורכין
כמ"ש בתשובה הלא דבר הוא

והיה נ"ל לומר דלא כתב הרשב"א ז"ל לר"ח הסכים
לדברי

לדברי הרי"ף בין בחידושיו בין בתשובה אלא לאפוקי אות' שאומר לפטור אפילו בפירוש לא מהני ליורשים דלהרי"ף ור"ח מהני ומ"מ איכא דוכא בלבד דהרי"ף ז"ל סובר דאפי' בלא קנין מהני ור"ח סובר דבקנין מיהא מהני אלא שלא יתיישב זה אלא למ"ש בחידושיו אבל לא למ"ש בתשובה דמוכח מדבריו בפירוש דדעת הרי"ף ור"ח ז"ל שוים דפיטור בפירוש מהני ליורשים אפי' בלא קנו •

ומצאתי להרמב"ן ז"ל בספר המלחמות בפרק הכותב הביא דברי ר"ח ז"ל בפירושיו וז"ל מנכסים משועבדים לא תפרע אלא בשבועה זה מי שאומר לוקח שלא פטרה מן השבועה כלל בפי' והאמינה לגבות מן המשועבדין ומן היתומים שלא בשבועה אבל אם כתב לה ופטרה מן השבועה לגבות בפירוש גובה מן המשועבדין בלא שבועה וכ"ש אם קנו מידו ויש אומרים האב יכול להפקיע שבועת היתומים ואין יכול להפקיע שבועת הלקוחות ומעשים בכל יום ואין נפרעין מן המשועבדים אע"פ שיש להם נאמנות ע"כ דעת הרב ז"ל בקיצור לסברא ראשונה פטור בפירוש מהני ליורשי' וללקוחו' וכ"ש אם קנו מידו ולסברא אחרונה שהסכים הוא ז"ל דליורשים מהני פטור בפירוש וללקוחות לא מהני אפילו פטור בפירוש ולפ"ז מ"ש הרא"ש בפ' הכותב והר"ב הטורי' ז"ל בא"ה סי' צ"ח בשם ר"ח ד"א מהני כלל גבי יורשים אפי' פירש לי ול ורשי ע"כ בדלא קנו מיניה קאמר דכפי דברי ר"ח שהעתיק הרמב"ן לכל הסברות פטור ליורשים בפירוש מהני אלא שסובר הרא"ש ז"ל דלא הסכים רבינו חננאל לבסוף דפיטור בפירוש מהני ליורשים ולא ללקוחות אלא דוקא בקנין וסמיך אמ"ש למעלה וכ"ש אם קנו מידו דס"ל ז"ל כאלו ר"ח לא הסכים לסברא זו אלא בקנו ומ"ש למעלה מזה הרב בעל הטורים ז"ל בא"ה סימן צ"ח וכ"כ ר"ח מעשים בכל יום שאין נפרעים מנכסים משועבדי' אלא בשבועה והיורשים בלא שבועה והן הם דברי הרא"ש ז"ל ג"כ בפרק הכותב מיירי בדקנו מ"מ כיון דליורשים מהני וללקוחות לא מהני אפי' בקנין והיא הסברא שכתב ר"ח לבסוף גם מ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' ע"ח ולענין פיטור אם מועיל כשבא לגבות מהלקוחות בזה איכא פלוגתא ר"ח כתב אע"פ שמועיל גבי יורשים אינו מועיל גבי לקוחות אלא בשבועה הא למי בדקנו מיניה הוא דלגבי יורשים מהני לגבי לקוחות לא מהני ומ"מ אח"כ ויש אומרים שאם קנו מידו כו' לא תיזוק דעד השתא מיירי בלא קנו ואפ"ה קאמר דליורשים מהני דה"ק וי"א שאם קנו מידו מועיל אף לגבי לקוחות מה שאין כן לסברת ר"ח ז"ל דקנין לא מהני אלא ליורשים לא ללקוחות אבל דעת הרשב"א ז"ל בחידושיו ובתשובה דר"ח לסברא ראשונה דעתו כדעת הרי"ף ז"ל דפטור מפורש מהני ליורשים אף בלא קנין ומ"מ וכ"ש אם קנו מידו הוא לתוס' טובה אבל אפי' בלא קנין מהני

ומיהו בלקוחות איכא פלוגתא בין הרי"ף ור"ח דלהרי"ף לא מהני אפי' בקנין ולר"ח מהני אפילו שלא בקנין כי היכי דמהני ליורשים ונמצא עכשיו שכשכתב ר"ח לבסוף ומעשים בכל יום ואין נפרעין מנכסים משועבדים אלא בשבועה דבא לשלול יורשים דגבו אפי' שלא בשבועה הוא אפי' בלא קנין נמצא עכשיו דלכל הסברות בין הראשון בין השניה שהביא ר"ח ביורשים לא פליגי דלתרוייהו בפטור מהני. ולכן כתב הרשב"א בחידושיו דר"ח והרי"ף אמרו דמועיל נאמנות מפורש ולא הזכיר קנין דס"ל דלא כתב ר"ח וכ"ש אם קנו מידו אלא לתוספת טובה והוא דעתו בתשובה הנז' בפירוש שעל פיטור בפי' לו וליורשיו כתב וכן דעת ר"ח והרי"ף ואח"כ כתב וכ"ש אם קנו מידו כלומר לתוס' טובה כתב וכ"כ ר"ח אבל דעת הריב"ש ז"ל בסימן ק"ח כהרא"ש ז"ל דר"ח לא הסכים בסברא ראשונה דמהני פטור בפירוש אלא דוקא בקנין ולזה כתב כלשון הזה וכן דעת ר"ח דאפי' ללקוחות מועיל נאמנות כשפירש וקנו מידו כלומ' וכן דעת סברא ראשונה שכ' ר"ח אי כמו אפי' דס"ל כהרשב"א ז"ל דלסברא ראשונה מ"ש וכ"ש שקנו מידו הוא לתוס' טובה ס"ל דלסברא אחרונה לא הסכים דללקוחות לא מהני וליורשים מהני אלא בלא קנין • אבל בקנין מהני אפי' ללקוחות ובזה יצאו דברי מר לאורה שדע' הרשב"א בתשו' זו שדע' ר"ח כהרי"ף דפטו' בפי' מהני אף בלא קנין אבל אין כונ' למה שדחק מר במה שמיים וכ"ש אם קנו מידו וכ"כ ר"ח אלא כמ"ש גם הוא שרצה מר לומר דמדברי הרשב"א ז"ל בתשובה זו נראה דבעל המאור סובר דלמ"ד דפיטור בפירוש לא מהני אפי' ליורשי' אף בקנין לא מהני אין מדברי תשובה זו הוכחה דאיכא למימר דמ"מ ואע"פ שהרז"ה ז"ל כתב כו' אריב דינא קאי אהיכא דלא קנו מידו אבל האמת כן הוא דלדעת הרב בעל המאור דפטור בפירוש לא מהני ליורשים אפי' בקנין לא מהני כמו שהוא מבואר בדבריו בפרק כל הנשבעין שהעתקתי למעלה שכתב בשם ר"ח ז"ל שחילק בין קנו מידו ללא קנו מידו וכתב הוא ז"ל על דבריו ואין בדוקין אצלנו היוצא מן המחובר דלב"ע בפיטור יורשים נאמנות מפורש מהני אלא שיש סוברים דבעי קנין זולת בעל המאור דמפקפק על זה בפרק כל הנשבעין ולא בפה מלא מעתה בנדון שלפנינו שיש כתיבה בשטר וקנין לכ"ע ליכא למימר בה"א אין אדם מוריש שבועה לבניו ואפי' לבעל המאור שסובר דלא מהני לא פיטור בפירוש ולא קנין הנה הוא ז"ל מהסוברים כסבר' חכמי לרבונה ז"ל דתרי קולי לא עבדינן קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל כמ"ש בספר המאור ונמצא דבלאו דיין כ"ע מודו דלא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו והכולא תימא ליכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד והוא הרב ר' זרחיה ז"ל דפטור בפירוש לא מהני ליורשים אפי' בקנין ולא קים לי כוותיה במה שסובר דתרי קולי לא עבדינן מ"מ הכא לא מצינן למימר הכי דהוא יחיד בדבר הזה במה שסובר דנאמנות אפי' בקנין ומפורש לא מהני ליורשים ואין לומר קים לי כותיה ועוד בא כו יכול לומר קים לי כמ"ש דתרי קולי לא עבדינן דבהא כ"ע מודו דתרי קולי לא עבדינן זולת כ"י והוא יחיד כמ"ש כי ונעריקי הא' גם את השני וכמו שאבאר ג"כ בע"ה

תו איתי מר מ"ש הריטב"א ז"ל בחידושיו לפרק כל הנשבעין ולמד מהם דאליבא דד' רבני גולה הלא הם הרז"ה ז"ל והרים עמו והרא"ה ז"ל אין שום נאמנות מועיל אפילו מפורש ועבדינן תרי קולי קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל ותמהני עליה דמר איך יצאו מפיו כה קום דברים כאלו דמי הוא בעל דברים דתרי קולי לא עבדינן כי אם הרז"ה שכתב בספר המאור פרק כל הנשבעין ולענין פסקי הלכות הללו אין לנו לזוז ממה שפסק הרי"ף ז"ל בהלכותיו אלא שמעתי מפי חכמי נרבונה הגדולים דכיון דמסקנא דגמרא דיינא דעבד כר"ח עבד אבל לכתחילה עבדינן כרב ושמואל בכל שטר שאין בו נאמנו' אבל בשטר שיש בו נאמנו' לא מקילינן ביה תרי קולי קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל ולכתחילה עבדינן כר"ח וזה פסק נאה ומשובח וראוי לסמוך עליו

ומכלל דבריהם אתה למד דלא ס"ל הא' דכתב הרי"ף ז"ל

ז"ל כו' ת"א בכל ענין אין הנאמנות מועיל לגבות מן היתומים בלא שבועה כו' אלא שבן חכמי דורו תיקנו תקנה שאם באו לגבות יתומים מן היתומים בשטר שיש בו נאמנות דיינינן ליה לכתחילה כר"א שנאמנין שבועת היורשים וגובין ולא מפקיעינן שטרא בתרי קולי שלא תנעול דלת בפני לווין ע"כ

הנה לא במקום אחד אלא בשני מקומות קיים הרז"ה ז"ל פסק חכמי נרבונה ז"ל דתרי קולי לא עבדינן וכתב שהוא פסק נאה ומשובח וראוי לסמוך עליו ואיך יכתוב הריטב"א ז"ל בשם הרז"ה ז"ל דס"ל דתרי קולי עבדינן הפך חכמי נרבונה הפך מ"ש בספרו המפורסם שקיים פסק חכמי נרבונה וכתב שראוי לסמוך עליו דא עקא גם מ"ש מר דלא הרז"ה וסיעתו ז"ל בלחוד סברי דתרי קולי עבדינן אלא כל הסוברים דמאי דאמרינן בגמ' מאן דעבד כר"א עבד הוא בדיעבד דלכתחילה עבדינן כרב ושמואל כל אותה הכת כרא"ה דס"ל כהרז"ה ז"ל דלא הוו תרי קולי הואיל ולכתחילה עבדינן כרב ושמואל ע"כ •

ונראות כפלאי פה קדוש איך יאמר דבר זה דלא מצינו מי שיאמר דלכתחילה לא עבדינן כרב ושמואל אלא הרי"ף והרא"ש ז"ל שאלו פירוש זה דאע"ג דלא גמר כהאי לישנא דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד אין הדין שוה בשניהם אלא לכתחילה דיינינן כרב ושמואל והרבי אליעזר לא עבדינן לכתחילה ומיהו דיינא דעבד כר"א עבד ולא מהדרינן ביון דכולהו ס"ל דלכתחילה עבדינן כרב ושמואל וכולהו ס"ל דתרי קולי לא עבדינן איך אפשר לומר דהסוברים דלכתחילה עבדינן כרב ושמואל סוברים דתרי קולי עבדינן והילך דברי הרז"ה בס' המאור ובמלחמות בשם חכמי נרבונה דכיון דמסקנא דגמרא דדיינא דעבד כר"א עבד אין לכתחילה עבדינן כרב ושמו' כו' ולכתחילה עבדינן כר"א כו' והיינו דלאו"ג דלכתחי' עבדי' כרב ושמו' בשטר שאין בו נאמנו' בשטר שיש בו נאמנות עבדינן לכתחי' כר"א גם בס' התרומות בשער י"ד כתב וז"ל מילתא דפסקינן אין אנו מורי' שבוע' לבנין קי"ל לכתחילה הוא דדיינינן הכי אבל דיין שעבר ודן כר"א אין מחזירין דינו וכתב באותו שער מ"ש הרז"ה ז"ל דתרי קולי לא עבדינן ומכור הייתי לומר דט"ס נפל בדברי מר ז"ל לגיות ולפי מ"ש הר"י הלוי ז"ל דליתא לדר"א אפילו יש נאמנות עליו ועל יורשיו לא דיינינן לכתחילה כר"א וכמ"ש החכם השלם מר קשישא כמה"ר יוסף אשקאפה נר"ו וכבר כתבתי ביטול דבר זה בסי' ו' ועוד שאין דברי מר סובלין זה

וחוזר אני אל מ"ש מעכ"ת והוכיח מדברי שדעת הרז"ה והרא"ה ואחרים עמו תרי קולי עבדינן כנראה דסובר מר כמ"ש הריטב"א ז"ל אבל מורי הרא"ה ז"ל היה סובר כדעת זקנו הרז"ה ז"ל הכונה לומר ואפילו בנת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה אין גובין ותמה אני מי שאתרי תורה גלויין לו איך יכתוב דברים כאלו אי רבי לא שנאה רבי חייא מאין ליה אם הרב בעל המאור ז"ל עצמו סובר דתרי קולי לא עבדינן כמו שכת' הרא"ה ז"ל נכדו שתלה עצמו בזקנו הרז"ה איך יסבור דלא כחכמי נרבונה שכתב בעל המאור ועתה ירא מעכ"ת איך הריטב"א ז"ל מסכים בפי' למ"ש הוא ז"ל כתב דלפי דעת הרז"ה ואחרים עמו דלאבא שאול אין נאמנו' מועיל לגבי יורשים נמשך דכל שמת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה הפקידו היורשים אבל תמ"ש בשם חכמי נרבונה דתרי קולי לא עבדינן אפי' לדעת הרז"ה וסיעתו דס"ל דאפי' פטור בפירוש לא מהני לגבי יורשים היכא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה גובין יורשי מלוה בשבועת היורשים ועל זה כתב הריטב"א ז"ל ונעמה דמשבר כ"א שוב כתב וכן נהגו בכל הגליל הזה כהרמב"ם ז"ל בפירוש דבריו ומלבד דמטעם תרי קולי לא עבדינן זוכים יורשי לוה בכל הגליל הזה נהגו כהרמב"ם דפטור בפירו' ליורשים מהני דא"א לפרש נהגו כהרמב"ם דתרי קולי לא עבדינן דהרמב"ם ז"ל לא גילה בזה

תעתה מ"ש הריטב"א ז"ל אבל מורי הרא"ה ז"ל סובר כדעת זקנו הרז"ה ז"ל אשהמלו' אי קאי שסובר כהרז"ה ז"ל דפטור בפירוש לא מהני ליורשים וכרי' לפנ' התלוה ליורשי לוה אבל כשמת מלוה אחר לוה לא דבר הרא"ה ז"ל כלום ומתמה כיון שלא כתב הריטב"א ז"ל שהרא"ה חולק על חכמי נרבונה בזה אדרבא כת' שהרא"ה ז"ל סובר כהרז"ה ז"ל והרז"ה דעתו כדעת חכמי נרבונה ואי שגם הרא"ה ז"ל דעתו כן הכונה כמבואר מדברי הריטב"א ז"ל שגם הוא ז"ל סובר כחכמי נרבונה וליכא מאן דפליג על זה

ומכלל האמור נתבאר שמלבד מ"ש בפסקי הראשון שאין להוש לדברי הרב הנמקי שיחיד הוא בס' זו מטעם אחר ראוי לחוש לדבריו שכבר ידוע שהרב הנמקי רוב חידושיו הם מהריטב"א ז"ל ואפי' בסתם וכאן הדבר ברור שלא דקדק בדברי הריטב"א ז"ל שהוא ז"ל הבין שמ"ש הריטב"א אחר דברי הרז"ה ואחרים ולפי זה אם מת מלוה אחר לוה הפקידו יורשי מלוה דבהחלט כתב כן וכן הוא משקלנו כמו שהבין מר וליתא דלקש"ד כתב כן שהיה נמשך לכאורה מסברת הרז"ה ואחרים אבל אחר שראה דברי הרב בעל המאור ז"ל בשם חכמי נרבונה ראה שאינו מחויב לומר מדברי הרז"ה ז"ל דאמת מלוה אחר לוה יפסידו יורשים ותמה על עצמך אם הריטב"א ז"ל כתב כן בהחלט איך כתב ואח"ך על סברת חכמי נרבונה ונעמה דמסתבר הוא אלא ודאי שהדברים ברורים כמ"ש •

מעתה ומעתה אני נאמר שדעת הרב בעל הטורים ז"ל דתרי קולי עבדינן כמו שדקדקתי מדבריו בסי' ס"ו אין המוחזק יכול לומר קים לי כהרב בעל הטורים ובדברי הנמקי דהרב הנמקי אינו מן המנין שהוא לא כתב כן אלא בהבנו שכונת הריטב"א ז"ל כן וכיון שנתברר בירור גמור שאין זה דעת הריטב"א אינו בכלל מנין נשאר הרב בעל הטורים ז"ל יחיד ואין לומר קים ליה כותיה •

ן הגה"ה בס' כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ע"א בהגהת ב"י אות נ"ג כתבתי שמדברי הר"י בארקי ז"ל שהובאו בס' תורה נדק מוכח שהבין כמ"ש בפסקי דהאי הילכך אינו מדברי חכמי נרבונה אלא מדברי נ"י והוקשה לי על דבריו כמו שיראה המעיין שם ועתה אחרי ראותי דברי הריטב"א ז"ל שהעתיק הרב מהר"ר אגוזי ז"ל אפשר לומר דגם מהר"י בארקי ז"ל סובר שהוא נ"י ומה שכתב הילכך כו' הם דברי הרב הנמקי עצמו ומפני שראה מקור הדברים ז"ל בהריטב"א ז"ל וראה שמ"ש הריטב"א ולפי זה כל שמת מלוה אחר לוה הפסידו היה לקש"ד קודם ראותו דברי חכמי נרבונה כתב שגם דברי הרב הנמקי שלקוחים מהריטב"א ז"ל הם קודם שמצא דברי חכמי נרבונה או אפשר שמתלונן על הרב הנמקי שאיך כתב כן בהחלט שמדברי הריטב"א נראה שלא כתב כן אלא קודם ראותו דברי חכמי נרבונה וכל זה דוחק והאמת הוא מה שהבנתי מדבריו בס' כנה"ג)

תו חזינא ליה למר לא הוכשר בעיניו מה שחייבתי לערב בת"א בשטר ונאמנות כו' ומסודר כן' כמ"ש מהרא"ח ז"ל בתשובה סימן ל"א ורבה לחלק

לחלק בין כיון דאין דכתוב בשטר ומסודר כו' לנדון מהרש"ח ז"ל שכתוב ורצה שיסודר כו'. שר"ל שרצה החתן שיסודר בכל ענין שיוכל בהוראה כו' ובתחילה רבה איני רואה שום חילוק בין ורצה שיסודר לומסודר כו' דכי היכי דהיכא דכתוב ורצה שיסודר ר"ל שרצה המתחייב שיסודר כו' הכי נמי היכא דכתוב ומסודר כו' הכוונה שרצה המתחייב כו' דאם לא רצה המתחייב שיהא מסודר הכל תוקף לא היו כותבין אותו העדים ומה גם אם המתחייב עצמו חתום בשטר כמו שנוהגין פה איזמיר ותיריא וכמה מקומו' שודאי כיון שחתם המתחייב וראה כתוב בו ומסודר ודאי שרצה שיסודר כו'. ומה שמהרש"ח ביאר ורצה החתן שיסודר הוא בנדון שלו שכתוב ורצה שיסודר פי' שר"ל שרצה החתן אבל לא שזה יערב ואם לא כתב ורצה שיסודר וכתב ומסודר כו' ומלבד שמכח הסברא הישרה והנכונה אין חילוק בין ורצה שיסודר לומסודר כו' שהרי מהרש"ח ז"ל בנדון שלו כתב ואע"פ שמהריב"ל בס"א סימן ק"ה בשטר שכתוב בו נאמנות סתם ומסודר בכל חיזוקי סופר לא רצה לסמוך על דעתו לומר שנכנס בזה נאמנות הפרעון כמי כו' אין לנו לעזוב פשיטות הרב זקני מפני ספקו ע"כ ואם כדברי מר דלא סמך מהרש"ח ז"ל בנ"ד אלא מכני שכתוב שרצה שיסודר כו' מאי שאטיה לומר דלא שבקינן פשיטותיה דמהרשד"ס ז"ל מפני ספקו של מהריב"ל ז"ל תיפוק ליה דבנ"ד אפי' מהריב"ל ז"ל מודה משום דכתיב ורצה שיסודר כו' גם מ"ש מר דאין אנו מוכרחים לקבוע הלכה ולהוצי' מהמוחזק על פי מהרש"ח ז"ל נגד ספקו של מהריב"ל ז"ל אם לדברי מר הם אפי' בנדון שמחלוקת מהריב"ל ומהרשד"ס ז"ל עושה רושם לענין דינא החרשתי אבל אם דברי מר הם לנדון מהרש"ח ונדון שלנו אני תמיה הרבה שהרי כתב מהרש"ח ז"ל שם דבנדון שלו דכתיב כחומר כו' ובזה נכלל כל הדברים שהם בענייני השטר זולת הנאמנות וביטול מודעי שהם תנאים ודאי מה שחזר אח"ך לומר ומסודר אפי' לתנאים כגון נאמנות וביטול מודעי ע"כ וזה נ"כ שייך בנדון שלנו ואם כונת מר ג"כ שלא לחלק בין ורצה שיסודר לומסודר אלא כונת מר לומר דשאני נדון מהרש"ח ז"ל שלא סמך עליו אלא מתרי טעמי משום דנהיגי לכתוב בכל השטרות כו' ומשום שכתוב ורצה שיסודר כו' ובנ"ד ודאי דאין מנהג העיר לכתוב ורצה שיסודר כו' כ"ש דמי יגיד לנו אי נהיגי לכתוב נאמנות גם על זה נראות נפלאתי דהיכן ראה מר בדברי מהרש"ח ז"ל שצריך שיהיה מנהג העיר לכתוב ורצה שיסודר כו' לא כתב הרב ז"ל כן אלא בנאמנות אי נהיגי לכתוב בכל השטרות נאמנות והא ודאי לא צריכא רבה שבכל המקומות נהיגי לכתוב בכל השטרות נאמנות כו' שזה מנהג פשוט בכל המקומות וכיון שבשטר כתוב ואחריות כו' וכתב ומסודר הרי הוא כאן כתב נאמנות מפורש

וכל זה שכתבתי הוא משום דחזיתיה לדעתיה דמר דאף ע"פ שכתוב בשטר נאמנות כדי דמה שכתו' אח"ך ומסודר כו' ישעבדו נאמנות מפורש צריך שיהיה מנהג פשוט בעיר לכתוב נאמנות ואם ליה לדעתיה דאבא דלימא הכי דלא כתב מהרש"ח ז"ל בנדון שלו שצריך שיהיה מנהג פשוט לכתוב נאמנות כדי שמ"ש אח"כ ומסודר ליהוייה נאמנות בפירוש אלא דוקא בנדון שלו שלא היה כתוב בכתובה נאמנות כלל ולכן הצריך שיהא מנהג פשוט בעיר לכתוב נאמנות כדי שנאמר דמה שכתב ומסודר כו' מהני לומר דכמי שנכתב דהכי משמע ומסודר ככל הנהוג דאם אינו מנהג לכתוב נאמנות לא אמרינן דמ"ש ומסודר הוי כמי שכתב נאמנות כיון דלא נהיגי לכתבו אבל בנדון שלנו שכתוב בשטר נאמנות אלא שאין כתוב נאמנות ליורשיו אין צורך שיהיה המנהג פשוט לכתוב נאמנות ליורשיו דכיון דכתיב נאמנות כו' מה שכתב אח"ך ורצה שיסודר כו' מהוי ליה נאמנות מפורש וזה פשוט

וכ"ל עוד דלטעם שכתב גם דכיון דכתיב כחומר כו' מה שכתב ומסודר לטפויי אתי הנאמנות אין צורך שיהיה מנהג פשוט לכתוב נאמנות דכיון דמטעם ליכא יתירא אנו באים לכלול הנאמנות אין צורך אל התפשטות המנהג. ומה שכתב מהרש"ח ז"ל כיון דמנהג פשוט לכתוב בכל השטרות נאמנות לטעם האחר דלאו מהו' ליכא יתירא אמרינן שיש כאן נאמנות מפורש כתב כן ולפי שאיני צרי' לזה שבלא זה הדברים ברורים כמ"ש איני מאריך בזה ונניח זה אף אם נודה למר במה שכתב בפרט הזה למה הסתיר נכוין מהטעם האחר שכתבתי דכיון דכתיב נאמנו' כו' הרי הוא כמי שכתוב נאמנות מפורש ליורשים כמ"ש הרשד"ם בחלק א"ה סימן קי"ו וק"ע"ל ורי"ו ורכ"ט ומהרש"ך ז"ל ח"ב סימן ל"ו ומהר"א ששון ז"ל סימן כ"ג ומהרש"ח ז"ל בכתב הנז' ומהר"י הלוי ז"ל סימן י"ט ומהר"ש הלוי ז"ל ומהר"ד ברוך הובאו דבריהם במהר"י אדרבי ז"ל סימן שכ"ד ושכ"ז גם מהריב"ל ז"ל בס"א סימן ק"ה כתב כן לענין וקנינא כו' ואין חולק על זה ומר העביר עיניו מראות טעם זה ולא הזכירו (הגה"ה כתבתי בס' כנה"ג חלק ח"מ סימן ע"א בהגהת הטור אות כ"ו דאע"ג דהרא"ב בתשו' כ"י חולק על זה אין דבריו עומדין בפני כל הני רבוותא שהזכרתי וכמה פעמים דננו ועשינו כן הלכה למעשה עד כאן ההגה"ה)

תו כתב מר וכל זה משנה שאינה צריכה לנ"ד דאף שיהיה כתוב בפירוש הרי הרז"ה ואחרים עמו ס"ל דאין נזקין מיורשי הלוה ע"כ ומלבד שכבר הוכחתי דאף הרז"ה והרמ"ה ואחרים סוברים ג"כ דתרי קולי לא עבדינן הומר אני דזה כתב מר מבלי הסתכלות בקונט' שאלו היה מסתכל בקונט' לא היה כותב בלי ספק שאני לא הוצרכתי לטעמים אלו משום שכתוב בשטר ורצה שיסודר כו' ולמ"ש נאמנות כו' אלא לחייב ליורשים אחרים חוץ מחנוך הערב אם ישנם אבל לחיוב חנוך הערב אין צורך לכל זה דבכי נזפה השטר הוא נאמן ג"כ למלוה דהשתא ליכא טעמא דאין אדם מוריש שבועה לבניו ונזקין יורשי המלוה ממנו כמו שהארכתי בה ונגי' כללן של דברים כל הטעמים שכתבתי לחייב לחנוך בן הלוה כולהו טעמי תריצי ובריריני כנהו כי יתן מר את דעתו עליהם כה דבר האיש מוכן ומזומן למצותי נרצע לעבודתו הצעיר
חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ס"ט

מה שכתב החכם השלם הרב כמהר"ר אהרן קופינו נר"ו על דברי

מעין המתגבר לוחב ומתגבר על מלחמתה של תורה לך זרוע עם גבורה מרבה המשרה רבה דממיה כמהר"ר חיים בנבנשת נר"ו אותותיך אותות עליונות האירו על פני והיו למאורות לעיני והעלה אותם על לבני ואין לחכי מתוקים מדבש ונופת צופים והאותיות שאוני על דבר הקונטריסי' שהשיב כ"ת על דבר שאלה וקונטריסי' שהשיב החכם השלם אלוף התורה מה' קשישא רבה דעמיה כמהר"ר אשקאפה נר"ו ואת אשר אראה טוב וישר לפי ע"ד אגיד והן אמת שראוי היה לי שלא להכנס בעובי המחלוקות הנפר' כי ידע כ"ת אותי בורח מן המחלוקת כבורח מן הנחש המכש' זכרתי.

זכרתי יקים מקים כשהיינו לוחיים מלחמתה של תורה את והב בסופה וכי השתרת פניך ממנו כל היום ימלא פי תהלתך והייתי תאב וחושק מתי יבא לידי ואקיימנו והנה עיר וקדיש עומד לנגדי וביגו מגילה מעולפת ספירים ומכרות ואומרת קח נא את ברכתי אשר הובאת לך וגם אני אמרתי אעלה בתמר אוכלה מדבשן של תמרים ויעבור עלי מה אך אמנם אשא בקצרה ולא אטריח את עצמי להאריך בכל מה שהאריך מעכ"ת זולת מה שנוגע לענין הדין ולישא וליתן בקלת לשונות הפוסקים שנשא ונתן כ"ת בהם כי ערבים עלי דברי דודי וזה החלי בע"ה לענין הדין ראיתי דברי כ"ת דברים טובים ונכוחים ואמרותיך אמרות טהורות שרירות וקיימות ויפה דנת יפה זכתה ליתמי המלוה וחייבת לערב בן הלוה ואריה שאג הרב הגדול מהרי"ק ז"ל מי לא יירא לעשות סמוכות לדבריו להכריע במשמעותיו וכ"ש להטות מדבריו ח"ו כמו שיכה דן כ"ת ויפה פירש מ"ש מהרי"ק ז"ל בסוף הפסק איני כדאי שיסמכו על דעתי לא קאי אלא לטעם האחרון דסליק מיניה דכת' וא"כ שמנהג הלועזים לכוף שיחלוץ כו' עד הרי הנכסים בחזקת יורשי האשה אבל מה שנשא ונתן קודם מדין יתומים מן היתומים לא הויז אותו ממקומו ונשאר בתקפו וחזקו ודן כ"ת דין אמת לאמתו

ועתה אבא לישא וליתן בקלת דברי כ"ת במה שכתבת ושמה שצריך שתדעהו דכל זה שכתבתי בהנחה כו' אלא מטעם אחר כיון דכתוב בשטר לוה פ' ונתערב פ' בנו וכל זמן שטר זה קיים יהיה נאמן המוציאו וקבינא מיד בלוה והערב כו' והרי במשמעות דברים אלו שגם הערב שהוא בן הלוה האמינו למלוה וכיון שכן הוא אין כאן אין אדם מורים שבועה לבניו כמו שהאריך כ"ת ואני אשר עם לבבי אשיחה דלדידי לא הייתי מוכיח מכון מטעם זה שהרי כתב בע"ה בשער י"ד ח"ב קרוב לסופו ואיכא מ"ד דכי מת מלוה וקא תבעי יתמי ללוה או ליתמי דלוה דלא מהני נאמנו' כו' דאי טעין לוה או יתמי דיליה דפרעיה לאבוהון ואפשר דאי הוה פקיד אמרי' יד בעל השטר על התחתונה וכי פטריכהו היכא דטעין פרעגו ליתמי כו' ע"כ הרי דס"ל דאמרי' דלא האמינו אלא דלא מצי טעין דפרע ליתמי אבל אי טעין דפרע לאב בזה לא פטרו וא"נ דהרב בע"ה חלק עליו וא"נ דסברא זו רחוקה מהדעת מ"מ כבר ידוע דאכותי במחלוקת לא מפקינן ודוקא כאותו כיון דמאמין למלוה וליורשיו יראה דנאמנות יורשיו הוא ג"כ מטענה דפרע לאבוהון אבל בכ"ד דהלוה לא האמין ליורשי המלוה אלא שלו: וכגו שהיה ערב האמינו למלוה כמו שהלוה היה מטעם הלואתו כן הערב היה מטעם ערבונו זו שלא יאמר הוא שפרע למלוה וגם מטעם שפרע אביו ויש טעם בדבר שיאמר דורא שאני יודע בשקרך ובעלילותיך אני מאמינך שקים לי שלא תעיז פניך להכחישני שאין האחי יכול להכחיש את האחי אבל נדבר שאין אני מכיר בשקרך תעיז פניך ואיני מאמינך ועוד דמהתקנה שהתקינו חכמים דהבא ליפרע מנכסי יתומי' לא יפרע אלא בשבועה לא פטרתיך והנה כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"א סי' ו' והביאה הריב"ה ז"ל בסי' ק"ח וז"ל כיון שהאמין גם את יורשי המלוה עליו אין צריכין לישבע שבועת יורשים שלא פקדנו אבא דשבועה זו פטרם שאין שבועה מוטלת על היורשים אלא שלא פקדנו אבא ומזאת השבועה פטרם ע"כ ומשמע מדבריו דאם היה חיוב שבועה אחרת מוטלת על היורשים הוה אמרינן דלא פטרם משבועה שלא פקדנו אבא ויראה מהטעם שכתבתי וצריך להבין בדבריו ולמה אין שבועה אחרת מוטל עליהם והלא אפשר שטען הלוה שפרע להם וכמ"ש האיכא מ"ד שכתב הבע"ה ז"ל אלא שנראה שכיון שמאמין למלוה וליורשיו יר' דמשבוע' יורשים מאמין ומה גם שכמה כעמים דהיורשים קטנים ולא שייך בהו אלא שבועת היורשים וא"כ יראה דגם הרא"ש ז"ל יודה בכ"ד שהערב מדין ערבות האמין למלוה ואי' טעה שיאמין גם כן מדין יורשים וזה כ"ל יותר וכ"ש שלא להוציא ממון מיד המחזיק בו

ומטעם אחר אני הוכך שלא להוציא ממון מטעם הנאמנו' שהרי נוסח הנאמנות הכתוב בשטר הוא זה וכל זמן שטר זה קיים יהיה נאמן המוציאו כשני עדים כשרים בלי לחייבו שבועה ואינו נזכר בו ענין הפרעון וידוע תשובת הרשב"א ז"ל הביאה מהריב"ל סוף כלל י"ט ומהר"א ששון סי' ע"ד וסי' פ"ב דכשאין מפורש לענין הפרעון בפירוש יד בעל השטר על התחתונה ובתשובות דכוס של הרשב"א ז"ל סי' תתקע"א כתב בשטר שכתוב העידנו על כלמו בקנין כו' בנאמנות לפרוע לשמון ולא הזכיר הרשב"א בתשובה שלא היה הנאמנות מועיל הטעם שלא כורש כלמנות על הפרעון ויראה ודאי דאינו חולק עם התשובה שהביאו הרבנים ז"ל דכיון דקאמר בנאמנות לפרוע ה"ל שהזכיר לענין פרעון הן אמת שהביא הרב ב"י ז"ל סי' ע"א סכ"ד תשובה אחרת להרשב"א ז"ל יראה לכאורה ממנה שסותרת על אותה שהביאו הרבנים ז"ל שכתב על שטר שכתוב והאמינוהו כעיקר המעות הנז' כאמנות שלימה כו' והשיב שאין בכלל אותו נאמנות לענין פרעון שלא האמינוהו גם על הפרעון לכתוב נאמנות סתם משמע שאם היה סתם היה מועיל לפרעון ויראה דק"ו הדברים ומה בפקדון שנאמן לומר שהחזירו מגו דנאמנו אמר דהוא בכלל הנאמנות במלוה שאין הנאמנות א"א לפטור את המלוה משבועה אינו דין שיהיה בכלל הנאמנות ואיפשר לומר דכיון דנפקד זה הטיב עמו לקבל הפקדון והאמינו אמרינן דג"כ הטיב עמו להאמינו בטענין זו ע"ד כל הנותן בעין יפה הוא נותן משא"כ במלוה הגם הלום ראיתי מ"ש מעכ"ת דמ"ש ב"י הילכך אם מת מלוה אחר לוה כו' אינו מלשון חכמי נרבונה אלא דברי עצמו הם וסברת יחיד היא ובטלה דעתו אצל כל גדולי המורים שזכרתי ואני אומר שראיתי בתשובה אחת של חכמי הזמן שהריטב"א ז"ל בחדושיו דחה דברי הר"ב המאור ז"ל בשם חכמי נרבונה וא"כ ה"ל שנים

עוד זאת ראיתי מה שתמה כ"ת על דברי מהרשד"ם ז"ל סי' ק"ט דמשמע ליה מדברי הטור שכתב ור"ח כו' פסקו כאבא שאול דלא מהני כלל גבי יורשים דלא ס"ל כהדייא כהרב בעל המאור ז"ל ושכתי הרב ברור מללו דדייק מדהאמר לא מהני פ"ל ולא אהני לכשימות המלוה הא כבר אהני ומה זה שאמר כלל דלא אהני והן אמת שהדקדוק שדקדק כ"ת מדברי הרב בעל הטורים ז"ל סי' ע"א שכתב אבל גבי יורשים מהני לפיכך אפילו מת המלוה כו' האגי והכי ס"ל דהן אמת שאני מסתפק בסברת הרא"ש והריב"ה ז"ל שלא הזכירו מזה כלום אם סוברים גם הם כהריטב"א ז"ל ולא כאוזר בכשיטות שאם היו רואים דברי בעל המאור בשם חכמי נרבונה היו מודים לדבריהם ויהיה טעמם משום דאמרי' בגמ' הבו דלא לוסיף עלה משמע אבל לא נעקור דום ענף ממה שאמרו רב ושמואל בענין היורשים והגה שמואל אפילו אליבא דאבא שאול קאמר אין אדם מורים שבועה לבניו שהרי הוא פסק הלכה כאבא שאול ובגמרא פרק כל הנשבעין פריך עלה דרב ושמואל ממתני' דאבל יורשים משביעין אותה ואת יורשיה ואת הבאים ברשותה והא איתא דשמואל אינו מקל תרי קולי מאי פריך אלא ודאי שמואל אליבא דאבא שאול נמי קאמר וא"כ כמאן דעקרינן להא דרב ושמואל כדאבא שאול וכן על מ"ש הריב"ה ז"ל בסי' כ"ח להרא"ש ז"ל ש"ל בר"שגו' וכמ"ש הרא"ש ז"ל בס' קנו"ם פ"

הכותב והריב"ה ז"ל ח"מ סי' ע"א וק"ח כמו שרמז הרב ב"י כו' וכמו הקשה מהרש"ח ז"ל וכמו שהאריך כ"ת כתב בהפך ואני בעניי הייתי רוצה לומר אי לאו דמסתפינא דהרא"ש והריב"ה ז"ל ס"ל דלא אמר אבא שאול אלא מה שעשה כו'. אלא גבי כתובת אשה דיותר מה שהאיש רוצה ליכנס ועיקר כתובה לא מחזרת ממונא אבל במלוה ולוה דאיכא משום נעילת דלת והוציא ממונו בתנאי זה איך יאמרו חכמים שיאבד ממונו שהלוה ע"ת ובודאי איכא נעילת דלת ורואה אני לדון אשה שאול שאמר אבל מה שעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע מנכסי יתומים כו' משמע דבמלוה נמי קאמר ומ"מ אני אומר כיון דאמרו כן במלוה ולא חשו לנעי' דלת גבי אשה אפילו שיאמר שמאמין עליו ועל יורשיו לא יפרע אלא בשבועה דנקטינן דרגא וניחא טפי לוה אם ס"ל כהריטב"א ז"ל שאפילו בדאבא שאול אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו והנה כן ג"כ הבלבול שירא שנפל בסברת ר"ח ז"ל כמו שהאריך מהרש"ח ז"ל וכ"ת כר"ו ומ"ש כ"ת הא שיקנו מיניה והא ברנא קנו מיניה כן מצאתי כתוב אצלי אמנם אני אומר דאיפשר דר"ח ז"ל מכח ההלכה ס"ל דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים אבל מכח שראה המנהג שללקוחות אינו מועיל וליורשים מועיל כתבו משמו דליורשים מועיל ואית דכתבו דאינו מועיל כפי סברתו

הגם הלום בקונטרים השני ראיתי מ"ש כ"ת על דברי רב שר שלום גאון ז"ל שאם הם בדטעין לוה פרעתי אשתבע לי ומת מלוה מאי דעתייהו די"א דאפילו בלא שבועה נוטלין ומכאן קלת תשובה להרא"ש ז"ל בסי' הנז' שרצה לכלל שדברי רב שר שלום גאון בדטעין לוה למלוה ומת ע"כ ואני אומר דודאי כן הוא כמו שהסכים הרא"ש ז"ל שמדברי כל המביאים דברי רב שר שלום נראה דס"ל דבלא טעין לוה בחיי מלוה וסברת רב שר שלום יראה שהוא ממ"ש בגמ' על מימרא זו דרב פפא שאם אמר הלוה למלוה אישתבע לי כו' ואי כורבא דרבנן הוא לא משבעינן ליה והקשה רביימר וכורבא דרבנן משלחא גלימא דאיכא ואם איתא לטענת שטרך בידי מאי בעי היא אלימתא וליתובי דעתא דלוה משבעינן למלוה מאי קושיא אי תקנה זו לא עשאוה לכורבא דרבנן בפרט דקאמר משלחי גלימא דאיכא אלא ודאי דטענת שטרך בידי מאי בעי לא הוי טענ' אלימתא ומ"ה אפילו קודם שנתקנה שבועת היסת בימי התנאים נתקנה שבועה זאת שהיא שבועת המשנה ומכאן תשובה לכ"ת שקורא אותה היסת ומביא ראיה מדברי הריב"ש ז"ל סי' תפ"ג דקילא ולא היא דכל הפוסקים ס"ל דהיא שבועת המשנה זולת י"א דס"ל שהיא שבועת היסת ומאי דקילא הוא שצריך שיטעון כן הלוה וכן הוא דבדלא טעין לוה בחיי מלוה מיירי רב שר שלום אבל לא מחמת קושית כ"ת דמאי דעתייהו די"א דנוטלין בלא שבועה די"ל דכיון דכבר גילה דעתו דמלוה שלא נפרע מהלוה אלא שנטרפה השעה ולא נשבע והכחיש את הלוה בפניו וה"ל בריא ובריא למה נשבעין היורשים שלא פקדם

עוד כתב כ"ת על מה שהקשה מהרש"ד ז"ל על רב שר שלום גאון ז"ל ממאי דפריך בגמ' ממאן מלוה אבוהון שקיל בלא שבועה ואינהו בשבועה וכתב כ"ת ונוראו' נפלאתי דדברי הגמ' אינם ענין לדברי רב שר שלום דרב שר שלום מיירי בדטעין לוה אישתבע לי שלא פרעתיך ותלמודא מיירי בדלא טעין אישתבע דאי בטעין אישתבע היכי קאמר אבוהון שקיל בלא שבועה כו'

ואני שמעתי ולא אבין שהרי כ"ת הכריח דודאי רב שר שלום אינם בדטעין לוה בחיי המלוה אלא אחר שמת מלוה ותבעו היורשים והוא מחייב שישבעו אינהו ואם אינם רוצים לישבע לכ"ע לא שקלי ואם רוצים לישבע כראת טעין למה ישבע הלוה ויפטר והנה גם אני ראיתי מה שכי' מהרא"ח ז"ל בסי' ק"ט וביאר באר היטב כי' הגמ' לדעת רב שר שלום גאון ז"ל דטוען הלוה שישבעו היורשים שלא פרע הוא לאביהם ואינם יכולים לישבע ולזה נשבע הוא ונפטר והנה הוא ז"ל פירש עלכד הדחק דאיך ישבע אביהם דכבר מת או הם שאינם יודעים וכתב שהיא שברא זרה ומדברי התלמוד נראה בהפך וכ"ת כותב על מהרש"ך ז"ל ונוראות נפלאתי ובקושיא אחרת דכגמו בנו מהירושלמי כף כתב כ"ת ותחלף לו כו' ולא כן אנכי עמדי ולקושיא השני' שהקשה מהרש"ך ז"ל שאם כדברי רב שר שלום גאון למה לא טענינן ליתמי מאי דמצי אבוהון טעין אומר אני דכבר כתבתי דס"ל לרב שר שלום דבריא ושמא בריא עדיף הטענת שטרך בידי מאי בעי אבל יתמי שטוענין שמא לא ודברי אלה קרובים אל דברי כ"ת

הנם הלום ראיתי מה ששאל ונתן כ"ת על מה שהקשה הרב ב"י ז"ל סימן ע"א על מ"ש הריב"ה סברת בעל התרומות שאם טוען הלוה שלא נכתב נאמנות ממ"ש הריב"ה ז"ל סימן ס"א בשם הרא"ש ז"ל דכל דבר שנהגו במדינה כו' ושהקשה מהר"ר בצלאל ז"ל על תירוצי הרב ב"י ולע"ד דאין מקום לקו' זו שהרי הבע"הת כתב שמנהג המקום שכותבין נאמנות שלא המלכת בעלים לשופרא דשטרא ואין מועיל נאמנות כיון שאינו אומר בפירוש שלוה כן הלוה אמנם במקום הרא"ש ז"ל היה הפך שהיה מועיל הנאמנות ולזה אמר שכל שנהגו וטוען מעשה על פיו אין צריך שיאמר הלוה כן בפירוש אלא שנטל קנין סתם ע"כ וגם שלא פירש הריב"ה ז"ל לדבריו שכן היה המנהג מ"מ מטענת הלוה משמע שאמר כי דרך הסופרים לכתוב כו' ודאי הכונה שאין מעשה על פי אותן סופרי דשטרי ומ"מ כשכתוב בו וקנינא על כל מה שכתוב כי יראה דאינו שופרא דשטרי

ולענין אם חולק הריטב"א ורב האיי גאון על תשובת הרא"ש הביאה הריב"ה ז"ל סימן ס"א יראה ודאי דאינם חולקים דהרא"ש ז"ל קאמר דמה שנקח קנין שהם יוכלו העדים להוסיף כל מה שנהגו הסופרים לכתוב והריטב"א ורב האיי ז"ל כתבו דאם לא נכתב הוי ככתוב אלא דאמרינן שלוה הלוה שלא לכתבו וכמ"ש מהרש"ח ז"ל בסימן הנז' אלא שמהראיה שהביא נומר דס"ל להרא"ש ז"ל דדבי' לשון הדיוט מ"מ בפרק חזקת ואידנא דלא חיישינן לספתא כו' עד וכ"כ רבינו האיי גאון כו' עד מלישנא דגאון דהביא הרי"ף ז"ל כו' ולי יראה דאין משם ראיה דאדרבא משם משמע דדוקא בצוואות המלוה מחמת מיתה הוא דאע"ג דלא כתיבא לא חיישינן אבל בשטר של מתנת בריא אי לא כתיב חיישינן וכן הראיה השנית מכלל ע"ח סימן ד' אינה כ"כ ראיה דדילמא בדאיתנהו העדים ואמרו דקנו מיניה סתם וכן יש לדחות ג"כ הראיה הג' כמו שיראה כ"ת ומ"מ בדברי הריטב"א ז"ל לבי הומק לי שהרי הוא כתב אבל תנאי לא תלע דס"ש שנתחייב באחריות שמירה וכהומר כל שטרי שכירות הנוהגים בישראל אפי' רוב ש"ש כותבין שמתחייבין כו' הרי שכתב רוב ש"ש ולא כתב כל ש"ש מתחייבין באונסין גם זה יתחייב ובמה שהביא מרב האיי גאון ז"ל כתב והרי נאמנות וביטול מודעי שהוא נוהג בכל השטרות כו' משמע דאפי' דנוהג בכל השטרות כו' עוד ואת זאת הודע אליו דבזמן רב האיי גאון ז"ל היה נוהג בכל השטרו' וגם אם כן עד זמן הריטב"א ז"ל הוא מוכרח ודאי דהיו טופסין לדרוש לשון הדיוט ואם זה שכתב הריטב"א ז"ל הדין נאמנות שהוא נוהג בכל השטרות הוא ע"ש ודאי ניחא ומ"ש

מהרש"ח מדברי הרשב"א ז"ל שהביא הר"ן ז"ל פרק האשה שנפלו שכתב שבי כתובה בשוקא דכיון שהכלת ורגלין כן בותנינו זה אין כ"ל כן בפירוש דאלו הלתה לכסותה היתה מנוה שלא לכתבו בפרהסיא ולא לכתוב כן בשטר והכריח הוא ז"ל מדקאמר ולא לכתוב כו' שאם לא כתב חייש"ו ואינו כ"כ הכרח שהרי הרשב"א ז"ל קאמר אין כ"ל כן בפי' דאו רגתה לכסותה היתה מנוה ובודאי דאם היתה מנוה לא יהיו העדים חותמים ולא בא הרשב"א עתה לאשמועינן דהלכתא אלא לגון הריוט כלל הדברים שהדין דין אמת כמ"ש כ"ת הצעיר אהרן קופינו

סימן ע'

זה כתבתי לשלחו אל הרב הכו' ולא אזדמנא מילתא עד שנתבקש גם הוא ז"ל בישיבה של מעלה

הוא אהרן ומשה אשר מיום התלמוד משה וכחאה דמנח ליה בכיזתיה החכם השלם המהור הגדול הרב כמהר"ר אהרן קופינו כר"ו אחר עלות עטרת שלום כמשפט להודיעו שם תהלת מעכ"ת כמלאו דהרי מר אלי וטעמתי מנופת צופים ומרבש מתקם וזה חויתי בקצת דברים שנטה אשר מני אחרי אם כי לענין הדין הקיים מעכ"ת אל מה שפסקתי דיגבו יורשי התלוה מיורשי הלוה הלא הוא חנוך הערב מטעם הגאון מהר"י קולון ז"ל דכל שהערב הוא יורש דליכא נעילה דערבא בתר יתמי אזיל אין כאן אין אדם מוריש שבועה לבניו וגובין מן הערב האמנם על הטעם האחר שכתבתי דבכ"ד איכא גם כן נאמנות מחנוך הערב למלוה וא"כ אין כאן חיוב שבועה למלוה ואין כאן אין אדם מוריש שבועה לבניו גמיס תר וכתב ואני עם לבבי אשיחה דלדידי לא הייתי מוכיח תמון מטעם זה שהרי כתב בעל התרומות שער י"ג ח"ב קרוב לסופו ואיכא מ"ד דהיכא דמת מלוה וקא תבעי יתמי ללוה או ליתמי דלו. דלא מהני נאמנות כו' וכת' מר דאפי' בעל התרומות שחולק על איכא מ"ד מודה בכ"ד כמו שכתב בתשובתו

ואני בעניי אני הוא המחייב ליורשי הלוה ובמקום אני עומד ואין סתירה לדברי מדברי בעה"ת ז"ל כמו שכתב מעכ"ת דע"כ לא פליגי הכהו רבוותא אלא בכגון דיהו שמת מלוה בחיי לוה ובשבועה מיהא שקלי אבל בכ"ד שמת לוה בחיי מלוה אם אתה אומר דמשבועת היורשים לא פטרי מפסידין בני המלוה מכל וכל ואפילו בשבועה לא שקלי ותרי קולי לא עבדינן קולא דאיכא מ"ד דהע"ג דפטרו בפירוש לא פטרו משבועת היורשים וקולא דרב ושמואל דאין אדם מ"ש לבניו דלא עדי' מהלו' זה דאיכ' מ"ד עם בעה"ת מחלוקת הרי"ף עם בר פלוגתיה בפיוור בפירו' ליורשים. שהסכמת רוב הפוסקים וכמעט כולם אם מת לוה בחיי מלוה ואח"ך מת מלוה דלא דיינינן תרי קולי קולא דהשתא שאול דאפילו פטור בפירוש לא מהני ליורשים וקולא דרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו וה"כ דפוגתה תרי קולי לא עבדינן

איברא שמצאתי למהר"ח שבון ז"ל בסימן כ"ב כתב על מחלוקת דאיכא מ"ד עם בעל התרומו' היכא דלא כתיב בשטרא נאמנות בין בכולו בין במקצתו או היכא דאין הנאמנות מפורש על הפרעון דאף ע"פי שהן סברות דחויות מקלינן תלי קולי ויאמר האומר דנ"כ הכא כאמר דבמחלוקת זה עבדינן תרי קולי הא ליתא דאדרבא שדברי מהר"ח אם יש לדון בבירו' דס"ל דהכא במחלו' זה תרי קולי לא עבדינן שהרי הוא גם רלה לחלק בין כיון שלו להיכא שכתוב פטור בפירוש ליורשים ומת לוה בחיי מלוה ואח"ך לוה דהכא אמרינן דתרי קולי לא עבדינן קולא דרב ושמואל וקולא דהשתא שאול ובכ"ד אמרינן תרי קולי קולא דרב ושמואל וקולא דאיכא מ"ד שכתב הרב בעל התרומות ז"ל וכתב ז"ל דשאני כיון שלו דהנאמנות עצמו הוא גרוע ואנו אומרים שהוא בכולו ולא במקצתו ולא דמי · למ"ש הרב בעל המאור ז"ל בשם חכמי נרבונה ז"ל שהנאמנות ויחוי לגביה הוא טוב אלא שליתומים לא מהני ע"כ ואם בכ"ד שאע"פ שיש נאמנות לגביה דידיה אין נאמנות לגבי יורשים כתב הרב ז"ל דבהא תרי קולי לא עבדינן משום דהנאמנות הוא טוב ולא גרוע כ"ש בנאמנות לגבי דידיה ולגבי יורשיו דלא עבדינן תרי קולי קולא דרב ושמואל וקולא דאיכא מ"ד והדבר בעצמו הוא מוכרח דאם כשלא יצא י"ח אבא שאול לא אמרינן תרי קולי כשיצא י"ח אבא שאול אינו דין שלא דיינינן תרי קולי ועוד אם בכגון איכא מ"ד אמרינן תרי קולי למה חזר מהר"ח שבון ז"ל גם לומר דלא אמרי' הכא תרי קולי לא עבדינן מכני שלא היה נאמנות בין בכולו בין במקצתו תיכוק ליה משום דאע"ג דיהיה הנאמנות מפורש לא היהניה אלא שמא פרע ליתמי לא לכשיטעון שמא פרע לאבוהון אלא ודאי הדבר ברור כדכתיבנא דודאי אי תרי קולי לא עבדי' קולא דרב ושמואל וקולא דאבא שאול כ"ש דלא עבדינן תרי קולי קולא דרב ושמואל וקולא דהא כא מ"ד ועוד הני אומר דכיון דבשטר זה כתוב ומפורש ובכל כך ליפוי הסופר' דשטרי הרי הוא כמי שכתב נאמנות לו וליורשיו בלי שום שבועה קלה וחמורה בשום לשון ולכי שבועת היורשים ולכי' ע"י גלגול דומיא דמאי דכתב מהרש"ח ז"ל בכ"ד שכתוב בשטר שהלה משודר דר"ל דרלה החתן שיהא משודר כל ענין חיובו באיוהבה כ"כ פעמים שיצטרך לשבת חכמים בכל חיזוקי סופר ובכל תוקף הכל ליפות כח ותועלת כו' ואחי כל התיקונים וכל החיזוקים אלא כל לשון שיצטרך שלא יפסד שעבוד הכתובה לא מהני נאמנות ולא דטעם דבר אחר ע"כ הכא נמי שכתוב ומשודר כו' המשודר הוא שלא יצטרך לשאר שום נאמנות דבכלל לשון זה כל דבר שיצטרך שלא יפסד שעבודו לא מטע' נאמנו' ולא מטעם אחר ועוד אני לומר דאפי' איכא מ"ד יודה בנדון דידן דדוקא היכא שכתב נאמנות לו וליורשיו יש מקום לומר כי פטרינהו היכא דטעין דפרע ליתמי אבל זה שטוען שפרע האב ביה לא פטרו הכני שהנאמנות הובדל זה מזה ואינן בכלל זה עם זה דבנאמנות שלו האמין למלוה וגם שם ליורשיו האמין ליורשיו ולכן אהרי' דליורשיו לא האמין אלא הטענה שפרע ליורשיו וגם דמשמעות דליורשיו מוכנו האמין ליורשיו היכא שטען שפרע ליתמי אבל בכיון שלכו דהנאמנות הוא כדבור אחד במ"ש וכל זמן שהשטר זה קיים יהיה נאמן המוציאו כשני עדים כשרים בלי להיינו שבועה ואפי' חרם סתם וקניא מיד הלוה והערב וגם נשבעו שבועה חמורה לגמור ולקיים כל הנז"ל כו' אין נאמנות למחצה כיון דבכלל הכל בדבור אחד ובמו דללוה פטור מטעם הלואתו אף לערב מטעם הלואת הלוה וגם ערבותו ומה גם דפטרוהו מחרם סתם ואם עדיין להם עליו חיוב שבועה פטור חרם מאי עבידתיה סוף דבר לבי אומר לי דבכ"ד אפי' איכא מ"ד מודה דלא נשאר עליו שום מין שבועה לא מטעם הערבות ולא מטעם ההלואה בין ללוה בין לערב מהטעמים שכתבתי

ומ"ש מעכ"ת בענין סתירת דברי הרשב"א ז"ל בענין נאמנות בחם אי מהני אף על הפרעון גם אני בעניי

בענין עמדתי עליהם בתשובה אחרת והיא בסימן ל"ט מהחלק הזה יע"ש

מ"ש מעכ"ת על מ"ש רמ"ש כ"י הילכך אם מת מלוה הפסידו דאינו מחכמי נרבונה אלא דברי עצמו הם והיא סברת יחיד ולא קי"ל הכי שראה בתשובה א' של חכמי הזמן שהריטב"א בחידושיו דחה דברי בעל המאור ז"ל בשם חכמי נרבונה וא"כ הם ב' ע"כ אני תמה הרבה ממר שאחר שראה אותה תשובה איך נתפיש במ"ש אותו חכם להריטב"א ס"ל כדיעת הרב המקשה שאני ראיתי אותה תשובה והיא מהרב מהר"ר דוד אנגוזי נר"ו שלחה אלי פה תיריא וא"רבא מדברי הריטב"א הנז' מוכח דס"ל כדברי בעל המאור דתרי קולי לא עבדי' כמו שהוכחתי בארוכה שהשבתי להרב הנז' והיא בסימן ס"ח מהחלק הזה יע"ש

שוב ראיתי כתוב בשם הר' קרישקאש וידל ז"ל שכתב על סברת חכמי נרבונה וז"ל ואנן לא ס"ל הכי אלא כיון דקי"ל בהא כאבא שאול וקי"ל בההיא דרב ושמואל דלכתחילה לא עבדינן אלא כרב ושמואל ואלמנה שמתה ולא נשבעה אינה יורשיה כתובתה וכן דעת רבי' נ"ר ונראה ג"כ דחכמי נרבונה לא אמרו כן להלכה אלא תקנה הוא שתקנו ולמקומם תקנום ואנן אין לנו אלא מ"ש מפי רבינו נ"ר ע"כ

וגם ראיתי מ"ש מר בענין סתירת דברי רבינו הגדול ז"ל דהדא לענין הלכה וחדא לענין מעשה כבר כתבתי בתשובה שהשבתי למהר"ד אנגוזי נר"ו והיא בסימן ס"ח דאחרי ראותי דברי הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות בפרק הכותב נתיישב לי הכל יע"ש

וראיתי מאי דקשיא ליה למר על מה שתירצתי לקו' מהרש"ך ז"ל דדברי הגמ' אינן ענין לדברי רב שר שלום גאון ז"ל דדברי רב שר שלום הם בדטעין לזה פרעתי לאביכם ודברי הגמ' בדלא טעין וכת' מעכ"ת דאין ישבע אביהם שכבר מת או הם שאינם יודעי' והרא"ש ז"ל שפירש כן הוא כותב שהיא סברא זרה ומדברי התלמוד יראה בהפך ואני כותב ונוראות נפלאתי כו' ואני מתפלא עליה דמר על זה דאיני רואה שום קושי בדברי כלל ועיקר דאע"פ שדברי רב שר שלום הם סברא זרה ומדברי התלמוד יראה בהפך ממה שהקשה עלה מהרש"ך לא קשה מידי דדברי התלמוד אינן ענין לדברי מהרש"ך ז"ל דהתלמוד בהכרח הוא דמיירי בדלא טעין לזה מידי וכמו שהכרחתי בקונט' אבל רב שר שלום גאון הוא מדבר בדטעין לזה פרעתי לאביכם ואשתבעו לי ואם דברי רב שר שלום ז"ל הם זרים מצד עצמן הוא ענין אחר דממה שהקשה מהרש"ך ז"ל לא קשה גם למה שהקשיתי שאם דברי רב שר שלום הם בדטעין לזה למלוה אישתבע לי דלא פרעתיך ומת מאי דעתייהו די"א דכתב דנוטלין בלא שבועה שכתב מעכ"ת דכיון דכבר גילה דעתו דמלוה שלא נפרע מהלוה אלא שנטרפה השעה ולא נשבע והכחי' את המלוה בבנין הוה ליה בריא וברי ולמה נשבעים היורשים שלא פקדנו ע"כ אינו נכון בעיני דמי עדיף ממלוה גופיה לענין בריא ובריא ושהמלוה חי אינו גובה אלא בשבועה ובמת יגבו שלא בשבועה

גם מ"ש מעכ"ת דרב שר שלום ז"ל סובר דכטוען לזה למלוה אשתבע לי דלא פרעתיך היא שבועת המשנה גם בזה לא הועיל לנו כלום דהלך לדרך זה דלא אמרו אין א"ס מוריש שבועה לבניו אלא בשבועה הבאה שלא בטענת הלוה אבל בשבועה הבאה בטענת הלוה לא • הנלע"ד כתבתי ומר בדעתו הרחבה יקריב אליו הנראה בעיני מוכן ומזומן למלותו נאמן אהבתו ודתו הכותב חיים שבתי בכמה"ר ישראל שבתי זלה"ה

סימן ע"א

תשובה שנת הת"ב להחכם השלם כמה"ר דוד אלגאזי נר"ו

שאלה יורינו רבינו ראובן ושמעון אחים מתו גם שניהם בתחילה מת שמעון והניח יתום קטן ולא היו נכסים מטלטלין וקרקעות ומעות והועמד אפטרופוס ליתום והאלמנה גבתה כתובתה ונשאת ומתה אחר נשואיה בלי זרע וירש היתום הקטן בנו של שמעון מחצית כתובת אמו כתקנת טוליטולא ונשאו כל הנכסים ביד האפוטרופ' שלו אחרי זאת מת ראובן והניח בן גדול ואלמנתו ואחר עבור זמן מת היתום הקטן בנו של שמעון ונפלה הירושה לבנו של ראובן ובאה האלמנה לגבות שכי כתובתה מבנה והנכסים שנפלו לו בירושה מחמת אביו וגם באו הב"ח להתפרע מהיורש הנז' ולעכב הנכסים ביד האפוטרופ' של היתום קטן שמת והיורש הנז' טוען שאין לאלמנה ולא לב"ח להתפרע ממנו לפי שאין להם זכות בנכסים הראויים לבא וכל הנכסים אשר נפלו לו בירושה הן מעות הם מטלט' הן קרקע הכל המה מהראוי לפי שהוא בא מכח אביו שירש ליתום הנז' בקבר יורינו המורה לצדקה את דבר הדין בכמ"ה

תשובה תנן בבכורות פרק יש בכור לנחלה הבכו' אינו נוטל בשבח ולא בראוי כבמוחזק ולא האשה בכתובתה ובגמרא ולא האשה בכתובתה איני והא אמר שמואל ב"ח גובה את השבח אמר רבי הכא מקולי כתובה שנו כאן וכתב הרא"ש ז"ל בפרק יש בכור ושמעינן מינה ולא האשה וה"ה ב"ח דלא גבי ראוי והיינו דלא דייקינן בגמ' אראוי מ"ש כתובה כדדייקינן אשבח ולא כרבינו אפרים ז"ל דכתב ולא האשה בכתובתה בכולן מקולי כתובה שנו כאן וכן ר"ח כתב דמספקא ליה מילתא וכ"ע ומשנה שלימה שנינו בפרק מי שמת דאין ב"ח נוטל בראוי כבמוחזק דתנן נפל הבית עליו ועל אביו כו' ע"כ

הנה בפירוש כתב הרא"ש דמאי דאמרינן מקולי כתובה שנו כאן קאי אשבח ולא אראוי דראוי אף ב"ח שאין בו מקולי כתובה אינו נוטל בראוי ומהריב"ל ז"ל ס"ד סימן ה' דף ח' ע"ב שדקדק כן מדברי הרא"ש ז"ל בפרק יש נוחלין ולא הביא דברי הרא"ש שבפרק יש בכור שגם כתבו בפירוש כמ"ש הוא ז"ל מפני שמדבריו פרק יש נוחלין יש להוכיח דאפי' בתר התקנה אינו גובה מן הראוי •

גם את צריך למידע דמה שהביא הרא"ש ז"ל ראיה דב"ח אינו נוטל מן הראוי ממתני' דפרק מי שמת לא מכרעא דאיכא למימר דהתם להו מטעם ראוי נגעו בה אלא מטעם מכח אבא דאבא קאתינא כדאמרינן התם אבל ראוי שאין שייך לומר מכח אבא דאבא קאתינא כגון שני אחין מן האב וירש אחד מהם את אמו ומת וירשו אחיו דאינו יכול לומר אנא מכח אבא דאבא קא אתינא ב"ח גובה אותו וכן מצאתי בתוס' ובהגהות אשירי בבתרא פרק מי שמת ובתשובות הרא"ש ז"ל סימן קנ"ו ואיך שיהיה העולה לנו מזה דבכתובת אשה לכ"ע אינו גובה מן הראוי ומהר"י וייל ז"ל בתשו' סימן מ' ופ"ג כתב דאב שנתן מתנה לבנו לאחר שנתים או שצוה שלא לתת חלק ירושתו עד לאחר שנתים מיקרי ראוי ואין אלמנת הבן גובה כתובתה ממנו ובב"ה איכא פלוגתא דרבוותא לדעת רבינו

רבינו אפרים ז"ל שהביא הרא"ש ז"ל פרק יש בכור ולדעת הרא"ש תלוגיל שהביא' בע"הת שער מ"ג הביאו הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ק"ו מהודשין ג' ב"ח גובה מן הראוי ולדעת הרא"ש והרב בעל הטורי' ורבינו ירוחם ואיכא מ"ד והרמב"ן ז"ל שהביא בע"הת בסימן הנז' אינו גובה מן הראוי ולדעת ר"ח הדבר ספק כמ"ש הרא"ש ז"ל בפרק יש בכור וקצת קשה לי שבע"הת בשער הנז' כתב בשם הרמב"ן ז"ל שהוא מקובל מפירוש ר"ח שכשם שכתוב' אינה ניגבית מן הראוי כן ב"ח אינו גובה מן הראוי ושמא כיון דר"ח ז"ל מספקא ליה מן הדין אינו נוטל ב"ח כיון דנכסי בחזקת יורשי קיימי ומספיקא לא מפקינן ממונא . א"כ והוא הנכון דמ"ש הרא"ש בפ' יש בכור וכו' ר"ח כתב דמספקא ליה מילתא כ"ל וכן ר"י מספ"ל מילת' שכן כ' ההגהות בשם ר"י דמסופק בדבר ולא הזכירו לר"ח ז"ל ככר' דר"ח אינו מהמסופקי' בדבר ואפשר ג"כ דמ"ש בש"הת שהרמב"ן מקובל מפר"ח אינו ר"ח אלא רבי' חיים או רב אחר ששמו מתחיל ר"ח

ויש לחקור מה היה הדבר שהרמב"ם ז"ל בפי"ו מה"א לא הזכיר שאין האשה גובה כתובתה מן הראוי גם יש לחקור למה בפכ"א בהמ"ו לא ביאר מה דעתו בב"ח אם גובה מן הראוי או אינו גובה . וראיתי בתשובו' הרא"נ"ח ז"ל בסימן הנז' שהחכם השואל עמד בחקירה זו ודעתו נוטה שמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' נחלות נפל הבית עליו ועל אביו הוא מדינא דגמרא אבל כפי התקנה ב"ח וכתובת אשה גובה מן הראוי וכמ"ש בפירוש המשנה פרק יש בכור גם דעתו נוטה שמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בא"ה סימן ק' אין האשה גובה כתובתה מהשבח ומהראוי הוא כפי דין הגמ' אבל כפי התקנה גובין מן השבח ומן הראוי וכן נטה דעת הרא"נ"ח ז"ל שם והוא דבר תימא דאם מ"ש בפי"ו מאישו' הוא כפי התקנה למה כת' ואינו גובה משבח שהשבחו נכסים שהרי לפי התקנה אף מן השבח גובה וכבר הקשה הרא"נ"ח ז"ל כן בשי' הנז'

ועוד קשה לי שהרי הרמב"ם ז"ל בפרק הנז' אחר שכתב חכמים תקנו כתובה לאשה וכן התקינו שלא תגבה אלא מן הקרקע ומשבח שהשבחו נכסים כו' כתב תקנו הגאונים שבכל הישיבות שתהיה האשה גובה כתובתה מן המטלטלין כו' נראה ברור דקודם מ"ש תקנת הגאונים לענין דינא קא עסיק ולא לענין התקנה ועוד ק' לי דלפי דבריו דס"ל להרמב"ם ז"ל דב"ח אינו גובה מן הראוי לדינא דגמרא ואחר התקנה גובה כי היכי דבפ"ה מה' נחלות כתב דינא דגמרא בה' מלוה היה לו לבאר דאחר התקנה גובה מן הראוי ועוד היכן מצינו בדברי הרב ז"ל שכותב דין הגמרא במקום א' ודין התקנה במקום אחר ודרך הרמב"ם ז"ל שכותב במקום א' תחילה דין הגמ' ואח"ך כותב ואח"כ תקנו הגאונים כו' ועוד ק' לי כיון דמדינא דגמר' אין האשה נוטלת כתובתה מן הראוי ומן התקנה גובה אף מן הראוי הי"ל להרמב"ם בפי"ו מה"א לבאר בפירוש דעכשיו גובה מן הראוי ולא להכחידו תחת לשונו לשמוע אין מכלל לאו

והרא"נ"ח ז"ל בשי' הנז' כתב שדעת הרמב"ם כדעת הרא"ש ז"ל דב"ח אינו גובה מן הראוי מן הדין ולכך לא הוצרך לפרש דין זה בכתובה והניח אותו על הסתם אבל מתקנת הגאונים בין כתובה בין ב"ח גובין מן הראוי וגם זה תימא דהשיקי"א דדינא פירכא למה לא ביאר בין בב"ח בין בכתובה דאינו גובה מן הראוי ואי משום דכפי התקנה גובין לא ביאר זה גם בדין השבח לא הי"ל לבאר שאינו גובה כיון דכפי התקנה גובה גם מה שהבינו שהח' השואל והרב ז"ל בשי' ק' מדברי הרב בעל הטורים ז"ל בא"ה סי' ק' שדעתו כדעת הרמב"ם ז"ל דכפי התקנה אשה גובה כתובתה מן הראוי אינו כן לי דהא שהרב בעל הטורים ז"ל כתב אין הכתובה ניגבית מדינא דגמר' אלא מקרקעי ומן הזיבורית ולא משבח ולא מהראוי ומתקנת הגאונים ניגבית מן המטלטלין ומדכתב שניגבית מן המטלטלין ולא כתב שאינה ג"כ מן השבח ומן הראוי כמ"ש לדינא דגמ' דאינה ניגבית מן המטלטלין ולא מן השבח ולא מן הראוי נראה ברור דס"ל דתקנת הגאונים לא אהניא אלא מן המטלטלין אבל לא לגבות מן הראוי ומן השבח וכן ראיתי למהריב"ל ז"ל במקום הנז' פירש כן כדברי הרב בעל הטורים ועוד אם איתא שלדעת הרב בעל הטורים ז"ל מן הדין אין אשה וב"ח גובה מן הראוי ואחר התקנה גובין מן הראוי כי היכי דגבי כתובת אשה אחר תקנת הגאונים גובה מן הראוי הכי נמי בב"ח היה לו לגבות מן הראוי בתר תק' הגאונים דכי היכי דתקון הגאונים בכתובה לגבות ממטלטלי דיתמי ה"נ תקון בב"ח לגבות מהמטלטלי דיתמי כמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מה"מ והטור ח"מ סי' ק"ו וראינו להר"ב הטורים ז"ל בח"מ סוף סי' ק"ד כתב הפך זה וז"ל לוה שנפל הבית עליו ועל אביו אין לב"ח ליטול ממנו כלום שאינו נוטל בראוי ועוד אם איתא דלדעת הרב בעל הטורים ז"ל אחר התקנה כתובת אשה וב"ח גובין מן הראוי ומן השבח דעתו הפך אביו הרא"ש ז"ל דדעת הרא"ש ז"ל בפרק יש בכור ובפרק יש נוחלין דאפילו בזמן הזה אינו גובה מן הראוי וכתובת אשה אינה ניגבית לא מן השבח ולא מן הראוי אלא ודאי שלדעת הרב בעל הטורים ז"ל דאפילו אחר התקנה כתובת אשה וב"ח אינן גובין מן הראוי אך דעת הרמב"ם ז"ל צ"ע למה לא ביאר בכתובת אשה דאינו גובה מן הראוי מן הדין ומן התקנה גובה וכן בב"ח

ולכן נ"ל דברים כפשטן שדעת הרמב"ם ז"ל היה בפירוש המשנה שאחר התקנה ב"ח גובה מן הראוי ואשה מן הראוי ומן השבח אבל בספר היד חזר בו מפני הקושיא שהוקשה לו ולמהריב"ל ז"ל גם על דבריו בפירוש המשנה וס"ל דאף אחר התקנה אין ב"ח גובה מן הראוי ולא האשה מן השבח ומן הראוי ולכן בהלכות מלוה ולוה לא ביאר שב"ח גובה אלא מן השבח ובפי"ו מה"א לא הוצרך לבאר אלא שאין כתובת אשה גובה מן השבח מקולי כתובה אבל בראוי לא הוצרך לפרש כיון דב"ח אינו גובה כ"ש אשה וזו היא דעת הר"ב הטורים ז"ל בלי תוס' ובלי מגרעת

ועדיין נשאר לנו לחקור אם מאי דתנן ולא האשה בכתוב' הוא דוקא מנה מאתים ותוס' או אפילו נדוניא ולפוסקים הסוברים דב"ח אינו גובה מן הראוי לא קשיא לי דלא יהא הנדוניא אלא חוב גמור הא קי"ל דב"ח נוטל מן הראוי כי קא מיבעיא לי לפוסקים שסוברים דב"ח נוטל מן הראוי אם נדוניא דינא כחוב ונוטל מן הראוי או יהיה בכלל כתוב' דאינה ניגבית מן הראוי

ובהיותי עומד בחקירה זו ראיתי להרא"נ"ח ז"ל בסימן הנז' שגם החכם השואל עמד בחקירה זו ורצה להוכיח מדברי ה"ה ז"ל בפי"ו מה"א דדוקא מנה מאתי' אבל לא נדוניא ושוב כ' לומר דשמא ה"ה ז"ל לא כתב כן אלא לגבי שבח אבל בראוי אפילו נדוניא אינה נוטלת מן הראוי וסתר זה ממ"ש בהג"א פ' הכותב ואני תמיה למה חזר מסברתו הראשו' שאמר שמדברי ה"ה ז"ל אין ראיה דדילמא לא קאי אלא השבח אבל ראוי מדינא אינו נוטל אפי' נדוניא מכח מה שראה בהג"א פ' הכותב דהג"א ז"ל פליגא דס"ל דמן הדין אשה וב"ח גובה כתובתה מן השבח ומן הראוי אלא דמקולי כתובה אינו

גובה מן השבח ומן הראוי אבל הרא"ש בפרק יש נוחלין ובפרק יש בכור ושבראה אחת שהובאה בס' התרומות בשער מ"ג הובא' במהריב"ל ז"ל סימן הנז' סוברים דבין אשה בין ב"ח תיכא אין גובין מן הראוי ומאי דאמרי' בפרק יש בכור מקולי כתובה שאנו כאן אשבח קאי ולא אראוי דראוי מן הדין אינו נוטל וכיון שהרא"ש ואיכא מ"ד שהביא בעל התרומות פליגי אהגהות אשירי מאן לימא לן שה"ה ז"ל סובר כהג"א ולא כהרא"ש וסיעתו ואיך הסכים החכם השלם המופלא שלדעת ה"ה ז"ל מה שהאשה איכה גובה כתובתה מן הראוי לוקח מנה מאתים ולא נכ"ב ותו ק' לי דכראה מדברי החכם המופלא ז"ל דכ"ע סברי דמה שאין האשה גובה כתובתה מן הראוי היינו לוקח מנה מאתים וא"כ איך כתב למטה עוד ראוי לדעת אם נקרא ליתומה מוחזקת ויכולה לומר קים לי כהפוסקים הסוברי' שבין עיקר כתובה ובין נכ"ב לא תגבה אשה מן הראוי ע"כ והלא בנכ"ב אין גם א' שסובר שלא תגבה מן הראוי ושמא מלת נכ"ב באשגרת לישן נקטיה וכונתו לדעת אם יכולי' היתומה לומר קים לי כהפוסקים הסוברים דכתובה אינה נגבית מן הראוי אפי' בזמן הזה או שאינה יכולה כיון דהרמב"ם ז"ל כתב בפי' המשנה דעכשיו בתר תקנת הגאונים גביא מהראוי

אבל שיק' לי קו' אלימתא בדברי החכם המופלא שעל דברי ההגהות כתב שכן סוברים התוס' בפרק הכותב על מאי דאמרינן התם רבי יוחנן אמר לכתובת אשה וז"ל תימא דהא תנן בפרק יש בכור דאין אשה נוטלת בראוי ומלוה חשיב ראוי גבי בכור וצריך לחלק דדוקא גבי בכור חשיבא מלוה ראוי ולא גבי כתוב' אשה ע"כ וכ"כ הסמ"ג בהלכות נחלות עשין כ"ו וז"ל וכן עמא דבר להגבות לנשים מתלות בעליהם וכ"כ ר"י שכתבו ידו עכ"ל החכם המופלא ז"ל

ונוראות נפלאתי על דבריו דנהי דלמהג"א שם יש ראיה דס"ל דלנדוניא וב"ח גובין מן הראוי ומנה מאתים אינו גובה מן הראוי מטעם מקולי כתובה אבל מדברי התוס' אין הוכחה דס"ל כהג"א דאע"ג דס"ל דאשה גובה כתובתה ממלוה שביד אחרים אפשר דס"ל דאינו גובה מן הראוי אלא אשה ולא ב"ח ומלוה שאני דהוי ראוי לגבי כתובת אשה וב"ח מדר' נתן והן הם דברי התוס' בפרק יש בכור ובפרק יש נוחלין ואיכא מ"ד שכתב בע"הת ז"ל בשער מ"ג ואם כונת החכם המופלא לומר דכדברי ההגהות שכתבו דאשה גובה כתובתה ממלוה שביד אחרים כן דעת התוס' זה דוחק מתרי טעמי חדא דבסברא זו לא מצינו חולק עליה זולת הר' שמואל מרוטנבורק שכתבו ההגהות וליתא דהא לה כמ"ש בס' ת"י סי' ס' דאע"ג דממה שהביא הרב ב"י ח"מ סי' ק"ז בשם בעל התרומות נראה שדעת הרי"ף ור"ח ז"ל כדעת הר"ש מרוטנבורק דמלוה מיקרי ראוי כבר סיים שם בס"הת דהשתא דתקינו רבנן למיגבא כתובה מן המטלטלין בין גבו קרקע בין גבו מעות אשה גובה כתובתה מהם

אמנם בתשובות מהרי"ל ז"ל סימן ע"ט ראיתי בשם הר"ר חיים בן הר"ר יחיאל חפץ שדעתו כדעת הר"ש מרוטנבורק דמלוה מיקרי ראוי (הגה"ה כתבתי בספר כנ"הג חלק א"ה בסימן ק' בהגהת הטור אות דאולי לא כתב בספר ת"י דאין לחוש לסברת הר"ש מרוטנבורק אלא בחשבו בעל ההגהו' בשם אמרו הוה יחיד בדבר אבל לדידן שכבר ראינו למהר"ר חיים בן הר"ר יחיאל חפץ ז"ל עומד בסברת הר"ש מרוטנבורק ז"ל וסובר דאין האשה יכולה לגבות כתובתה ממלוה שביד אחרים יכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו ע"כ ההגה"ה)

ומ"מ כיון דזולת מהר"ש מרוטנבורק ורבינו חיים בן הר"ר יחיאל חפץ כולהו רבוותא סברי דהאשה גוב' ממלוה שביד אחרים לא היה לו להחכ' המופלא לו' דכדברי ההגהו' כתבו התוס' כיון דכולהו רבוותא זולת מהר"ש והר"ר חיים הכי ס"ל ותו דדבר זה הוי משנה שאינה צריכה לכ"ד וכל"ע

עוד יש לי להקשות בתוס' מה דינו אם דינו כמנה מאתים ואינו ניגבית מן הראוי או דינו כנדוניא ובמחלוקת בנדוניא כך מחלוקת בתוס' וראיתי שדבר זה תלוי במחלוקת אחר שנחלקו הרב ז"ל בב"י עם הגאון מהר"י קולון ז"ל שדעת הגאון מהר"י קולון ז"ל בשורש פ"א שתוס' הכתוב' דינו אינו התוס' הנז' בכל התלמוד אלא תוספת דידן הוא מעיקר הדין ומנהג אבותינו ושלה דין נכ"ב וזה הוא דעת מהרשד"ם ז"ל בחלק א"ה סימן קי"ז וקכ"ז וקכ"ם וקל"ו ולדידהו הכא נמי דין נכ"ב יש לו והדין שיש לנדוניא בדין הראוי יש ג"כ לתוס' אבל לדעת הרב ז"ל בב"י בא"ה סימן ק' שכתב על דברי הגאון מהר"י קולון ז"ל ואין דבריו נראין לי וכ"כ מהרש"ך בח"א סימן מ"ה וק"ד וקע"ד וח"ב סימן כ"ו וח"ג סימן ת"כ וקי"ב וכן כ"ל דעת הרא"ם ז"ל בסימן פ"א ומהריב"ל בח"א סימן ס"א וס"ג סימן ה' ובעל ת"י סימן ס'

(הגה"ה וכן דעת מורי הרב ז"ל בתשובה ח"א סימן קי"ט וחלק א"ה סימן כ' וחלק ח"מ סימן ה' ע"כ הגה"ה)

אף כאן דין מנה מאתים יש לו ואינו נגבה מהראוי

ואחר שכתבתי זה אבא לעניין פסקא דדינא כתב הרב מהרשד"ם ז"ל בחלק א"ה סי' קי"א כיון שהרמב"ן ז"ל מקובל מפי ר"ח ודאי שתלינו שומעין כיון שהוא אחרון מהרשב"א ז"ל ועוד שכן דעת הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' נחלות שכתב נפל עליו הבית ועל אביו ע"כ (הגה"ה גם מורי הרב ז"ל בתשובה חלק ח"מ סי' ל"ה ול"ט כתב שאינו גובה מהראוי ע"כ ההגה"ה) ואני אומר שזה שכתב הרשד"ם ז"ל שכן דעת הרמב"ם ז"ל מת"ש פ"ה מהלכות נחלות אינו מוכרח דאפשר לומר דהתם שאני מפני שיכול לומר מכח אבא דאבא קא אתינא וכדכתבינן א"נ מצינן למימר כאי יורשי האב דקאמר הרמב"ם ז"ל אתי כמסקנת הגמרא בפ' מי שמת וכדכתב מהריב"ל ס"ד סימן ה' גם מ"ש הרב ז"ל דמ"ש הרב בעל התרומות בשער מ"ג לוה שכתב בשטר' דאקני כו' כתב הרא"ש ז"ל שב"ח גובה מאותם נכסים כ"ל רבינו שמואל והכריח דבריו מת"ש בהגהת אשירי קשיא לי טובא היאך אפשר לומר דהר"ש המוזכר שם הוא רבי' שמואל והלא הר"ש המוזכר שם סובר דלוה שמת והניח בנים ואח"כ מת אב הלוה הב"ח גובה מהבנים מטעם דב"ח גובה מן הראוי ואלו רשב"ם כתב בפרק מי שמת דמתני' דנפל הבית עליו ועל אביו הלכה היא ומפרש לה יורשי האב בני ואחי דמוקי לה במסקנא כיור' אהוה לאו הלכה היא ואילו הר"ש המוזכר בספר התרומות סובר דמאי דקאמר בתקנתא מאי יורש אהוה הלכה היא ואפילו בראוי דלא שייך לומר מכח אבא דאבא קאתינא כר' מדברי רשב"ם ז"ל דס"ל דאין ב"ח גובה מאותן ראוי וכמ"ש בתשו' הרא"נ"ח ז"ל סימן קט"ו

ולכן כ"ל דהר"ש המוזכר בספר התרומות הוא הר"ש מלוניל וכן ראיתי למהריב"ל ז"ל ס"ד סימן ה' והרא"נ"ח ז"ל בסימן ק' העתיקו בלשון בע"הת הר"ש מלוניל ז"ל בפירוש אפשר שכן היתה גירסתם בס'הת אך הוא תוס' שהוסיפו הם מדעתם החמש הכרח ובתשובה למהר"א אביוב ז"ל הובאה בהרשד"ם חלק א"ה סי' רמ"א כתב שהרא"ש המוזכר כאן הוא הרא"ש בר יחיאל וליתא

בעה"ת קים להרא"ש בזמן ואפי' להרשב"א ז"ל שהרי אינו מכירין והרשב"א ז"ל קדים מהרא"ש ז"ל ואיך יזכיר בעה"ת להרא"ש ז"ל ועוד שדעת הרא"ש ז"ל שאין ב"ח נוטל מן הראוי כמו שכתב בפרק יש בכור וכן מורה דקדוק לשונו בפרק יש נוחלין כמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"ל סימן ה' וכן נראה מדבריו בפרק מציאת האשה גבי בת בעישור נכסי אי הויא כבעלת חוב או כבעלת חוב דאתא אלא ודאי לאו היינו הרא"ש בר יחיאל אלא רבינו אשר מלוניל וכן ראיתי למהר"א ששון ז"ל בסימן קנ"ג כתב שט"ס הוא או הרא"ש אחר הוא מחמת ההכריות שכתבתי (הגה"ה וכ"כ מהרח"ש ז"ל בתשובותיו לא"ה סימן כ"ח וכ"ט ובתשובות לאורי הרב ז"ל ח"מ סימן ל"ה ראיתי שהעתיק בלשון בעה"ת הרא"ם במקום הרא"ה ז"ל וכתב שהוא הרב ן' מיגש ואפשר שכתב כן ולא כתב שהוא הר' אליעזר ממיץ שהפוסקים רגילין להזכיר אותו בלשון הרא"ם מפני שרגיל בעה"ת ז"ל להזכיר להרב ן' מיגאש ולהביא שמועות משמו או אולי ראה בספר יראים שהוא הר' אליעזר ממיץ ז"ל שכתב כן בספרו ע"כ ההגה"ה) וכן מ"ש הרשב"ם ז"ל להרמב"ן ושיעתו ז"ל שסוברים דב"ח אינו גובה מן הראוי שומעין אין אנו שומעין לו בזה אם הב"ח או האשה מוחזקת דכיון דאיכא בירייתא והם הר"ף ורבינו אפרים ז"ל שסוברים דב"ח גובה מהראוי יכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דב"ח ונדוניית אשה גובה מן הראוי וכ"כ הרשב"א בסי' ק'

איברא דבנדונית אשה היה מקום לומר דאפילו שתהיה מוחזקת מוציאין מידה כיון דצריכה לומר תרי קים לי קים לי כמ"ד דגובה מן הראוי וקים לי כמ"ד דנדוניא דינה כבעל חוב וכיון דאיכא תרי ספיקי מוציאין מיד המוחז' כמ"ש הרב מהריב"ל ז"ל בהרבה מקומות יו זכרון ובז"ד סי' ה' כתב כן בפירוש בנדון כזה ומדברי הרב ז"ל שם דקדק ני רש"ל דאז האשה מוחזקת במנה מאתים ותוספת מוציאין מידה אע"ג דאין לה אלא ספק אחד ספק אם התקנה מהניא לגבות מן הראוי מדכתב קושטא דמילתא ואפי' דמדאשתכח דמנה מאתים ותוס' אינה גובית מן הראוי אף אחר תקנה ע"כ ואי זה מיירי דוקא כשהיורשים מוחזקי' אבל אם האשה מוחזקת אין מוציאין מידה כ' תנו' בדבר אחד וכי לזה הוכרחנו לדברי הרב ז"ל והלא כלל מסור בידינו דבפלוגתא דרבוותא אוקי ממונא בחזקת המוחזק והכא נמי כיון דהרא"ש ז"ל ובנו הרב בעל הטורים ז"ל ס"ל דלא מהניא התקנה לגבות מן הראוי פשיטא דאם היורשים מוחזקים יכולין לומר קים לן כוותייהו דמשתינן ליה לרב ז"ל בס"א כלל י"ו סי' ז' דהרא"ש ובנו הרב בעל הטורים ז"ל תרי כוותא כ כהו ומה גם דהתוס' ורבינו ירוחם ז"ל הכי נמי ס"ל וזאת שבית איך נראה מדברי הרב ז"ל דאפילו אם האשה מוחזקת בנדוניא מוציאין מידה מטעם דאיכא תרי ספיקי דמסייעי לאוציא ומי גרע נדוניא ממנה מאתים ותוס' וכי היכי דבמנה מאתים ותוס' אם היא מוחזקת יכולה לומר קים לי כמ"ד דהתקנה מהניא לגבות מן הראוי ומחלוקת דאם הנדוניא כחוב או מנה מאתים ותוס' מאן דכר שמיה בכאן ולא פלוגתא החלוקה יותר גרועה דנדוניא דינה כמנה מאתים יכולה לומר קים לי אלא ודאי מוכרח לומר דבמנה מאתים אף אם האשה מוחזקת מוציאין מידה ואינה יכולה לומר קים לי ובנדוניא אם יש מקום לומר דהדין עמה היינו מן הספק דנדוניא האי כחוב ועל זה כתב הרב ז"ל דכיון דאיכא תרי ספיקי דמסייעי לאוציא דמוציאין מידה

ויש להבין למה כתב הרב ז"ל דבמנה מאתים אפילו היא מוחזקת מוציאין מידה כיון דאיכא כמה רבוותא דסברי דאחר תקנת הגאונים אף מנה מאתים גובין מן הראוי והם הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה בפרק יש בכור ור"ח והרי"ף ז"ל שהביא בספר התרומות שער מ"ג ואולי ס"ל דכיון דלא מסתבר טעמייהו מחמת הקושיא שבק' אין ראוי שיזכה המחזיק במשנה א' וכ"ש ומדברי הרשב"א ז"ל בסי' ק' נראה ברור דס"ל דלא כסברת מהריב"ל ז"ל ואם הב"ח מוחזק אין מוציאין מידו מטעם מ"ש הרמב"ם ז"ל דאחר התקנה גובה מן הראוי ולפי זה אף האשה בכתובת מנה מאתים ותוס' אם היא מוחזקת אין מוציאין מידה ולא כליב מדידיה אדידיה מסי' זה לסי' קט"ו שכתב דאין התקנה מהניא לגבות מן הראוי דהתם היורש היה מוחזק דוק ותשכח

והוי יודע דמה שהסכים מהריב"ל ז"ל דאף בנדוניא אם האשה מוחזקת מוציאין מידה מטעם דאיכא תרי ספיקי דמסייעי לאוציא לשבתי אזיל בקבלת מקוחות מספרן הנ' דתרי ספיקי בפלוגתא דרבוותא חשיבי כתרי ספיקי דמציאות אבל לפי מה שהסכים בקבלת הקוחות מהחלק הנז' דאוס פלוגתא דרבוותא חד הוא אם האשה מוחזק' בנדוניא אין מוציאין מידה ואף אם נאמר דתרי ספיקי דפלוגתא דרבוותא חשיבי כתרי ספיקי דמציאות לפי מה שהסכים מהריב"ל ז"ל בש"א סי' ע"ו וע"ח דאפילו בס"ס אין מוציאין מיד המוחזק בכ"ד אם האשה מוחזקת אין מוציאין מידה והסכימו לזה הריב"ש ז"ל בתשובה והובאו דבריו במהרשד"ך ז"ל ח"ב סי' קי"ג והרב הגדול בדורינו כמהר"ר חיים שבתי נר"ו הובאו דבריו בספר משפט צדק ח"א סי' כ' כתב אך מ"מ בעיקר הדין כבר נתפשט המנהג דמצי המוחזק לומר קים לי ואפילו בפלוגתא דרבוותא אין מוציאין מידו והתימא מהמהרשד"ך ז"ל שזה מעשים בכל יום ואיהו עבד עובדא ככה זימני ע"כ ואף כי לשון הרב המובהק נר"ו אינו מכוון עמיתי על דבריו במקום אחר ועיין מ"ש בתשובה אחרת מהחלק הזה סי' פ"ח

וראיתי במרדכי פרק נערה שנתפתתה פסק הר"ם על אלמנה שמת חמיה קודם בעלה דאין לה לגבות כתובת' מנכסי חמיה מחלק ירושת הבעל דכיון דההיא הניח אלמנה וקי"ל כאנשי גליל הוו לה כל נכסי חמיה ראוי לגבי בעלה ואינה נוטלת בראוי כבמוחזק ואפילו יש במוחזק יותר על כדי כתובת חמותה ע"כ ודבריו אלו אסבר לפרש בתלתא אנפי איסבר לפרש שהוא מדבר אף בנדונייא וס"ל כאותם הפוסקים דסוברים דאין ב"ח נוטל בראוי או אסבר לפרש דמיירי אפילו בנדונייא וס"ל דב"ח נוטל בראוי אלא דס"ל דנדונייא אינה כחוב אלא כעיקר כתובה או איסבר דס"ל דב"ח נוטל בראוי ונדונייא דינה כחוב והוא מדבר במנה מאתים ותוס' וכפי טעם זה אפילו מתה האלמנה ולא נשבעה על כתובתה ואפילו אין נאמנות בכתובה אין אשת בנה נוטלת כתובתה אבל מתשובת הרא"ש ז"ל סוף כלל ך' הביאה בספר הטורים ח"מ סי' רמ"ח ס"ב שכתב כל זמן שלא נשבעה על כתובתה כל הנכסים בחזקת בעלה הם ולא זכתה בהם והבנים יורשים את אביהם ויש מהם דין בכורה נראה שחולק על מהר"ם ז"ל שהרי לא זכה לבכור אלא מטעם שלא נשבעה הא נשבעה אין לבכור כלום ולטעם מהר"ם ז"ל בין נשבעה בין לא נשבעה אין לבכור כלום דהוי ראוי ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק וכתב הרמב"ם ז"ל חלק א"ה סי' קי"ח דכמהר"ם נקטינן ולא כהרא"ש ז"ל דאין הלכה כתלמיד במקום הרב

ותמה אני דלא נאמר כלל זה אלא עד אביי ורבא אבל מאביי ורבא ואילך הלכה כבתראי ואפי' בפוסקי' כמ"ש מהר"י קולון ז"ל והרב בעת"ה בהרבה מתשובותיהם ואפילו בכלל זה דאין הלכה כתלמיד במקום הרב כבר כתבו הגאונים והביא הר"ן ז"ל דבריהם בפ"ק דסוכה דהיינו

ואיכא דמחלק עלין בחיין אבל לאחר מותו אין כלל זה אמור ולפי האמור יותר ראוי לפסוק כהרא"ש מלפסוק כמהר"ם ז"ל (הגה"ה וכן ראיתי למורי הרב ז"ל ראה ח"מ סי' מ"ג פלפל הרבה בתשובות מהר"ם ואמר דלא שבקינן יוצבין סי' ע"כ ההגה"ה) ולענ"ד כראיה דמהר"ם והרא"ש לא פליגי ויודה הרא"ש ז"ל למהר"ם ז"ל דאפילו לא נשבעה הוי ראוי מטעם דהנכסים משועבדים לאלמנה. מתנאי ב"ד דהלכה כאנשי גליל וכיון הרא"ש ז"ל באלי דמיירי באלמנה שאין לה מזונות כגון דתבעה כתובתה בב"ד ולא הספיקה לגבות עד שמתה כיון שלא נשבעה כמאן בחזקת יורשי קיימי וא"כ הרא"ש ז"ל מיירי באלמנה שיש לה מזונות באלי הכא דמתה האלמנה וחזרו הנכסים לחזקת היורשים דאע"ג דאין הבכור נוטל בראוי בנכסים הראויים בשעת מיתה הכא לא מקרי ראוי אלא מוחזק מיקרי אלא שלא היה יכול ליטול פי שנים באותה שעה מפני שהיו משועבדים לאלמנה וכיון שמתה האלמנה נסתלק השעבוד והבכור נוטל פי שנים דלא עדיף שעבוד דמזונות משעבוד דכתובה וב"ח שאם היו לאביו של בכור קרקעות משועבדים לכתובה וב"ח נוטל פי שנים כמ"ש התוס' וכ"י ז"ל בפח"ה, והשתא כיהא דאפילו לדעת מהר"ם ז"ל משכחת לה ירושת בנו בכור אפילו הניח אלמנה אבל לפי דעת הרשד"ם ז"ל בדעת מהר"ם ז"ל בטלת ירושת בנו בכור היכא שהניח אלמנה והוא אפילו שמתה היא אין הבכור נוטל פי שנים משום דהוי ראוי באותה שעה ועוד קשה לפי דעת הרשד"ם ז"ל בדעת מהר"ם ז"ל מי עדיף שעבוד דמזונות משעבוד כתובת אשה וב"ח וכ"ת דהמרדכי יסבור דאפילו שעבוד כתובה וב"ח מפקיעין מירושת בנו בכור זה דבר קשה דיסבור כנגד כל הפוסקים ועוד דמסוגייא דפח"ה מוכח ראיה דשעבוד כתובה וב"ח אין מפקיעין מידי ירושת בנו בכור ומיהו איכא לומר דלא דמי שעבוד דמזונות לשעבוד כתובה וב"ח דבעלמא שעבוד כתובה וב"ח אין שעבודן אלא על מה שהוא כנגד חובן וכיון שפורעין להם חובם מסתלק שעבודן אבל שעבוד דמזונות אפילו יש בנכסים יותר משיעור כתובה ככלי כפלים הן משועבדין למזונותיה א"כ שעבוד כתובה וב"ח כיון שפורעין להם נסתלק שעבודן אבל שעבוד מזונות אפילו הם רוצים לפרוע לה הרשות בידה לומר שאינה רוצה ליטול כתובתה אלא לזון מנכסי בעלה דהלכה כאנשי גליל אלא דלפי מה שפירשתי בתירוץ השני דא"כ הרא"ש ז"ל מיירי באלמנה הניזונית מנכסי יתומים באלי התם דמתה האלמנה צריך לומר דאפילו לפי דברי מהר"ם ז"ל אם מתה אלמנת חמיה נוטלת כתובתה אבל ראיתי למורינו הרב הגדול זלה"ה בתשובותיו סי' ג' כתב על תשובת מהר"ם ז"ל וז"ל לפיכך אם מתה האלמנה לא מציא גביא אלמנת בנה כתובתה מן הנכסי' דחשיב להו ראוי שעדיין לא זכה בהם בעלה דאלו בחיי הזקנה בלא טעמא דראוי לא מצי למגבה שאין לבעל רשות בהם עד שתגבה הזקנה כתובתה ע"כ

ואכי יאומר מאן יהיב לן מעפריה דמרן ז"ל ונחזיין לעייניה דהצטריך לטעם ראוי ואפילו בחיי הזקנה היכא דהנכסים הם יותר משיעור כתובת הזקנה שלא נאמר שם שפרא העודף מכתובת חמותה תגבה האלמנה ואפילו לפי דעת מורינו הרב ז"ל לדעת מהר"ם הפסידה האלמנה כתובתה ואינה נוטלת אפילו אחר מיתת הזקנה אפילו נאמר דהרא"ש מיירי באלמנה הניזונת מן היתומים לא פליג עליה דמהר"ם ז"ל דאיפשר לומר דמהר"ם ז"ל מיירי במנה מאתים ותוס' אבל נדוניא דדינה כחוב האלמנה נוטלת כתובתה דב"ח גובה מן הראוי ומיהו דוקא כשנשבעה דכשלא נשבעה בנכסי בחזקת היורשים קיימי ואינה נוטלת כתובתה וכדברי הרא"ש ז"ל דהרא"ש ז"ל מיירי אפילו בנדוניא ולכל הפירושי' לכ"ע בחיי האלמנה אין האשה נוטלת כתובתה ואין הבכור נוטל פי שנים ומיהו איפשר דהבכור נוטל פי שנים אע"פ שאין האלמנה נוטלת כתובתה והטעם דבשלמא באלמנה אם אתה אומר שכלתה תטול כתובתה מפסדת חמותה דיתמעטו הנכסים ולא יספיקו למזונותיה אם תחיה שנים רבות אבל בבכור בין יטול הבכור פי שנים סך הנכסים א' הוא דמה לי שיהיו הנכסים בשוה מה לי שיהיו שני חלקים לבכור וחלק א' לפשוט הכל שוה ולמזונות האלמנה יתן הבכור שני חלקים ויתן הפשוט חלק אחד כדין יבא עליהם שט"ח דאיתא פרק יש נוחלין

ומכלל האמור נתבאר משפט שאלתנו דלענין כתובה במנה מאתים ותוס' אפילו אם האלמנה מוחזקת מוציאין מידה כמו שהוכחתי מדברי מהריב"ל ז"ל אבל לדעת הראנ"ח ז"ל אם האשה מוחזקת אין מוציאין מידה (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות הרב מהרנ"ב ז"ל השייכות לא"ה וראיתי בסי' כ"ט שכתב דבמנה מאתים אפילו היא תפוסה תפיסה מעליא מוציאין מידה כסברת מהריב"ל ז"ל ואנו אין לנו כח לעשות מעשה כן להוציא מיד המוחזק ע"כ ההגה"ה) ולענין ב"ח אם הב"ח מוחזק אין מוציאין מידו דאף על פי דהרשד"ם ז"ל פסק דב"ח אינו נוטל בראוי אם הוא מוחזק יכול לומר קים לי וכמ"ש הראנ"ח ז"ל בסי' ק' וכן לענין הנדוני אם האשה מוחזק' אין מוציאין מידה דאע"ג דמהריב"ל ז"ל פסק דמוציאין מידה היינו אם נאמר דס"ס בפלוגתא דרבוותא מוציאין מיד המוחזק אבל לפי מה שהוסכם דכוס פלוגתא דרבוותא חד הוא ואפילו בתרי ספיקי דמליאת אין מוציאין מיד המוחזק כמו שהעיד הרב הגדול כמורינו כמהר"ר חיים שבתי נר"ו שכך פשט המנהג אף בכ"ד אין מוציאין מידה אמנם אם הב"ח או האשה אינם מוחזקים כמו שנראה מתוך השאלה שהנכסים הם ביד אפוטרופוס היתום לית דין ולית דיין שאמר דמוציאין מיד היתום אלא אבדה האלמנה כתובתה והב"ח חובו (הגה"ה וכן הסכים מהר"ר חיים שבתי זלה"ה בתשובה הנז' ע"כ ההגה"ה) הנלע"ד

כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ע"ב

גאליכול להחכם כמה"ר נתן גוטה נר"ו שנת התי"ג

שאלה רחל אשת יעקב נתאלמנה ולה ד' בנים גדולי' מיעקב ואחר מות יעקב מת אחד מהבנים והיה לו ב"ח ובתולת אשה וכפו את רחל אשת יעקב שתגבה כתובתה כדי לידע חלק הבן הנפטר וכן עשתה רחל ונשבעה בב"ד כתקנת חכמים והפריגו כתובתה ונתנו בידה ואחר שגבו ב"ח מחלק הבן חזרה רחל להתערב בנכסי' בתוך ביתה עם מטלטלי הבית זהב וכסף מבני בניה והיתה טובה כרצונה ודרה בבית בעלה ולא העליבוה לחלוק המטלטלין והקרקעות כל ימיה כי לא היתה רוצה וקודם פטירתה מת ראובן אחד מבניה וגבתה אלמנתו כתובתה מנכסי בעלה ראובן ולא הספיקו לה לגבות התוס' ורצתה לגבות התוס' מנכסי יעקב שהיו ביד רחל ולא הניחה רחל לשלוח יד בקרקעות ולא במטלטלין ואח"כ מתה הזקנה רחל ומפני שנמצא קטטה בין אלמנת ראובן ותנה בנימין הוציאה כתובתה לגבות התוס' מן הקרקעות החלק המגיע לבעלה ראובן מירושת רחל אמו ובנימין טוען שאינה יכולה לגבות מנכסי הזקנה שהם ראוי ואין הכתובה נגבית מן הראוי ואנא מכח אבא דאבא קא אתינא כדאיתא פרק יש נוחלין וראות בני רחל הנשארים שזכה בנימין בטענה זאת נסעו מזה וטוענין טענות שקריות ואומרים שכתובות אם הזקנה כבר נתפרעה מזמן הרבה

והראיה שהיא יוצאת מתחת ידם ובניתין טוען שאינ' נאמנים שהכתוב' נשארה להם בידם מנכסי עזבון אמם יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה לענין מה שטוען בניתין שנכסי הזקנה הם ראוי לגבי אמותו ואין הכתוב' כיגבי' מן הראוי בהיותי בקושט' שנת הת"ב נשאלתי מברוסה מהחכם השלם כמהר"ר דוד אנגאזי כר"ן קרוב לזה הלא היא כתובה בחלק הזה סימן ע"א וגם זה ימים או עבור נשאלתי על שאלה זאת הלא היא כתובה בחלק א"ה סימן והשבתי דאם אלמנת ראובן בן רחל מוחזקת בנכסים חוץ' מועלת לאפוקי תפיסה דלאחר שנולד הספק או תפיסה ע"י אחר זכתה בתפיסתה וגובה כתובתה משלם מנה מאתים גרוניא ותוס' ואם אינה מוחזקת יכת נקיה מנכסיה ואביה אפי' גרונייתה כ"ש מנה מאתים ותוספת והחזקתי זה בראיות ברורות מכריעות הענין לפי דעתי ועתה מקרוב כרפסו תשובות מהר"ח ש"ל השייכות לא"ה וגם ראיתי בסימן כ"ט השכים לכל מ"ש זולת שכתב דמנה מאתים אפי' היא תכושה תפיסה מעליא מוציאין מידה בסברת מהריב"ל ז"ל ועתה אבא להשיב מואי' דבר ואם היורש נאמן לומר שכתובת אמו פרועה הואיל ושטר כתובי' יוצא מתחת ידו או לא

גרסינן בסנהדרין בסוף פרק זה בורר ההיא איתתא דנפיק שטרא מתותי ידה אמרה ידענא בהאי שטרא דפרוע הוא הימנה רב נחמן תנו דאי בעי קלתיה איכא דאמרי לא הימנה רב נחמן א"ל רבא לרב נחמן והא איבעיא קלתיה כיון דאתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה לא אמרינן איתיביה רבא לרב נחמן סמכון שאין עליו עדים ויוצא מתחת יד שליש נאמן אלמא שליש נאמן תיובתא והרי"ף והרמב"ם והרשב"א והרא"ש ומ"הת והריב"ש ורבי' ירוחם וכ"י בסוף פ"ק דמציעא פסקו כלישנא קמא דשליש בכל גוונא נאמן וכן פסקו כל הפוסקים שראיתי דבריהם זולת יש פוסקים כלישנא בתרא שהובא בספר התרומות שער כ"ב הביאו הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן כ"ד והחיקא לן מילתא טובא שמסורת היא בידינו מהגאונים ז"ל דכל דסלק' בקשיא בתלמודא וכל דסלקא בתיובתא לית לה כתר וכמ"ש הרמב"ם והרשב"א והר"ן ז"ל בפרק חזקת מאי טעם פסקו כלישנא בתרא בתר דאיתותב גם על מהרא"ד ח"א סי' ו' נופלת קושיא זו שכתב ואע"ג דלא כא דאמרי משמע דהיכא דאיתחזק בבי דינא אי בעי קלתיה לא אמרינן איכא לכלוני טובא ע"כ למשכוניה כפשיה לחלק בין כיון שלו לאיכא דאמרי מה לורך כיון דסלקא בתיובתא ואולי דהנך יש פוסקים ס"ל כרמב"ס ז"ל וסובר דלא מחלק בהכי וסובר דמשנה ובריתא שייך לומר תיובתא ומפירכא דאמוראי שייך לומר קשיא • ומיהו קשיא דאסבר דלדבריו אין חילוק בין קשיא לתיובתא ובכולהו לית להו פתר ושוב מצאתי כן לרש"ל ז"ל בספר יש שלמה ב"ק פ"ב סימן ה' דלא פליג רמב"ס ז"ל אתיובת' אלא דס"ל דבין קשיא בין תיובתא לית ליה פתר ועיין בתו"ז' דסנהדרין פרק הנשרפין ד"ה סבר ירך אמו ובספר הליכות עולם סוף שער ג' וגם בס' כללי התלמוד ובס' יבין שמועה

וראיתי להרב הנמקי בפ"ק דמציעא כת' ותדאנט' לתימר דהא הימניה שמעינן דשליש אפילו ליכא מגו נאמן כיון דהימניה דאלו הוה ליה מגו כגון שלא ראו השובר בידו קודם שאמר דנאמן מגו דאי בעי יהיב לעה לא צריכי לעשות דהא מהימן ליה דאכינו אילא הוה שליש הוה מהימן וכדאמרינן בספ"ב גבי ההיא איתתא דאמרה ידענא בהאי שטרא דפרוע הוא דכיון דאתחזק בבי דינא מגו דאי בעי קלתיה לא אמרינן כלומר כיון שראוהו ב"ד בידה קודם שאמרה פרוע שוב לא מהימן משום מגו כ"כ הרשב"א והרנב"ר ז"ל אבל שליש נאמן אע"ג דליכא מגו והכי הלכתא בעיין בפרק זה בורר ע"כ

ואיכא לאתמוהי עליה דמכתב אפי' אי לא הוה שליש מהימן וכדאמרינן בפרק זה בורר גבי ההיא איתתא כו' נראה דס"ל דההיא איתתא דפרק זה בורר לא הוה שליש והא ליתא דכל הפוסקים פירשוה בשליש וכן פירשה הרב הנמקי עצמו בפרק ז"ב והוא מוכרח מסוגיית הגמ' מדאותבינן עלה דרב נחמן ללישנא בתרא דאמר אי בעי קלתיה לא אמרינן מברייתא דתניא שמכון היוצא ע"י שליש כו' ואי ההיא איתתא לא הוה שליש ליכי דברייתא מיירי בשליש ומהימני בלא מגו וההיא איתתא לא הוה שליש ואינה נאמנת בלא מגו אלא ודאי ההיא איתתא שליש היתה והו קשיא לי על הרב הנמקי ז"ל דממקום שבא ראיה הפך דעתו דאפילו שליש אינו נאמן בלא מגו ואם דעתו להביא ראיה מלישנא קמא העיקר חסר מהספר ומלבד זה לשונו מבולבל בסדור לשונו כמבואר למבין ולכאורה היה נראה לומר דט"ס נפל בדברי הרב הנמקי ז"ל ובמקום וכדאמרינן כו' צ"ל ואמרינן כו' וכן ה"ה אבל שליש מלת אבל היא טעות וצריך למחקה וע"פ הגה"ה זו מתפרשין דבריו כך ודאמרינן בפ"ז"ב דשליש אינו נאמן בלא מגו ליתא והתם לישנא לא קיימא וללישנא קמא עיקר דשליש נאמן אף בלא מגו דהכי הלכתא בעיין בז"ב אבל אין דעתי לשבש הספרים ומהגם דאפי' בהגה"ה זו לשונו מגומגם

ונראה ליישב לשונו בלא טעות ושכוונתו לומר דלפי מאי דאמרי' בפז"ב כלישנא בתרא דכיון דאתחזק בבי דינא רוצה לומר שראו השטר בב"ד יש ראיה דשליש נאמן בלא מגו דהא לאו לישנא אינו נאמן משום דליכא מגו דהשתא מינה ללישנא קמא דקי"ל כוותיה אפי' ליכא מגו דהשתא נאמן ומינה דאחר שהגו גמור דהשתא נאמן מש"כ לפי רש"י ז"ל שפי' איתחזק בבי דינא הקויים דליכא לאוכוחי מינה דשליש נאמן במגו דמעיקרא ושוב מצאתי למהרש"ח בביאורו לא"ת סי' רנו' עמד על דבריו מקצת דברים שאמרתי ומתרץ כן

עוד אפשר לומר שכוונת הרב הנמקי לומ' דמדאמרי בפ' ז"ב ללישנא בתרא דכיון דאיתחזק בבי דינא מגו דאי בעי קלתיה לא אמרינן מוכח דהאי ברייתא דסמכון הוא ואפי' דאיתחזק בבי דינא ומטעם שליש הוא דנאמן מדפרכינן עלה דלישנא בתרא מהך ברייתא דסמכון ואי ברייתא זו מיירי בדלא אתחזק בבי דינא ליבעי כאן דהתחזק כאן דלא אתחזק אלא ודאי דהא ברייתא זו בדאתחזק בבי דינא היא אע"ג דליכא מגו והן הן דברי הנמקי הגמרא ספ"ק דמציעא וכדבעינן למכתב קמן בס"ד ועם כל זה אף שכוונת הרב הנמקי מבוארת העיקר חסר מן הספר גם סדור לשונו צריך ליישבו אל נכון

ומהקודם מבואר דללישנא קמא דפרק ז"ב שפסקו הפוסקים כמותו שליש נאמן בלא מגו ברם צריך לברורי אי בלא מגו בכל קמא' א"ד בלא מגו דהשתא קא' ומיהו דמעיקר' בעי' אבל בלא מגו כלל כגון שהופקד אצלו בעדים וראוהו השטר בידו אפי' בשליש אינו נאמן כיון דליכ' מגו כלל ומה שנ"ל מתוך דברי הרב הנמקי ז"ל דרוקא בדאיכא מגו דמעיקרא אע"ג דליכא מגו דהשתא נאמן אבל בלא מגו

מגו כלל אינו נאמן וכן מוכח מהראיה שהביא מפרק זה בורר כמבואר למעיין וכן נראה מדברי הרב המגיד סוף פ״ה מהלכות שלוחין ושותפין [illegible] שכתב ושליש שהוציא השטר מידו ואמר שנתנו בעליו לאחרים בכתיבה ובמסירה י״א שהוא נאמן דהא הימניה עליה זה שהפקידו בידו ונאמן הדברים שקול כן כלפי בעל דבר דהא הימניה כדאמרינן בסנהדרין ואיכא נמי מגו דאי בעי קלייה אבל לגבותו מן הלוה ליתנהו להכי טענתי ואינו נאמן וצריך להביא ראיה על הכתיבה או הקנאה גו׳ וא״כ שהרמב״ם ז״ל כתב שאפי׳ לעצמו אינו נאמן כלפי בעלים ע״כ ריהטיה דלישניה מוכח דדוקא משום דאיכא נמי מגו דמעיקרא דאי בעי קלייה נאמן

אגברא דלפי זה ס״ל להרמב״ם ז״ל דשליש נאמן בלא מגו כלל דהא לגבי עצמו ליכא למימר מגו דאי בעי קלייה. ואפ״ה כתב דנאמן וזה א״א שהרי כתב הרמב״ם ז״ל בפי״ו מהלכות מלוה ולוה שטר שהיה ביד שליש והוציאו מתחת ידו בב״ד ואמר פרוע מהימן אע״פ שהשטר מקויים שאילו רצה היה שורפו או קורעו ע״כ הא קמן דס״ל דטעם נאמנות דשליש משום מגו דמעיקרא וכבר עמדתי על זה בת׳ כנה״ג ובתשובה סימן קפ״ח מהחלק הזה וכתבתי ליישב דברי הה״ס במו״ל ולהסכימם אלו עם אלו והכלל השוה דגם הרמב״ם ז״ל ס״ל בב׳ המקומות דמטעם מגו נאמן וכאן לא ראיתי להאריך

ומדברי המרדכי לכאורה נראה דשליש נאמן אפי׳ בלא מגו כלל שכתב ז״ל כלשון הזה ולא כמ״ש אהוכי דדוקא שהפקיד השטר בידו בלא עדים אז שייך לומר מגו דאי בעי קלתיה דאפי׳ בעדים נמי אי בעי קלתיה דנאמן היינו משום מגו דהחזרתי ע״כ ולכאורה נראה דס״ל דאפי׳ בעדים ורא׳ גאון דהא הוא ז״ל מפרש דמיירי אפי׳ בעדים ועם כל זה מסקינן בפרק זה בורר דאפילו איתחזק בבי דינא נאמן ולפי זה מ״ל דאע״ג דבפרק ז״ב מוכיח דבעינן מגו דמעיקרא מ״מ מדאמרינן בפ״ק דמציעא דהא הימניה משמע דאף ע״גב דליכא מגו כלל נאמן אלא שא״א לומר כן בשום פנים שהוא ז״ל כתב דנאמנות הוי מטע׳ מגו דהחזרתי ואי איכא עדים ורא׳ה ליכא מגו כלל

ולכן נראה ברור דאף לדעת המרדכי אינו נאמן אלא בדאיכא מגו דהחזרתי או מגו דאי בעי קלתיה ובפרק זה בורר מיירי בדליכא עדים ואיכא מגו דאי בעי קלתיה דמעיקרא ולפי מ״ש רבינו ברוך ממגנציא דכל דאיכא עידי פקדון ליכא מגו דאי בעי קלתיה בין ראה בין לא ראה הטיב ראבי״ה דהא ליתא דאפי׳ דאיכא עידי פקדון כל דליכא ראה נאמן במגו דהחזרתי

אבל מ״ש בהגהת מרדכי ספ״ק דמציעא וז״ל דהא הימניה וא״ת ולימא מגו דאי בעי קלתיה וי״ל דאתחזק בבי דינא וידוע להם שהיה ביד שליש קודם שבאו לב״ד והכי מוכח בפרק זה בורר גבי ההיא איתתא דנפיק שטרא מתותי ידה ולא הימנה רב נחמן ופריך והא אי בעי קלתיה ומשני דאתחזק בבי דינא פירוש שנודע לנו קודם שהיה השטר ולא שייך בהא מגו ופריך מהא דשמכון היוצא תחת יד שליש והשתא ליתני דלא איתחזק בבי דינא דאיכא מגו דאי בעי יהביה ללוה או דאי בעי קלייה אלא ש״מ דהכא מיירי בדאתחזק והכא ה״פ מדאמר יוצא תחת יד שליש משמע מטעם שהוא שליש מדעת שניהם נאמן אפילו ליכא מגו כדמוקי במתניתין כו׳ ע״כ הא ודאי מוכח דס״ל דשליש נאמן בלא מגו כלל

ואני תמיה הרבה דנהי דמההיא דפרק ז״ב מוכח דברייתא דשמכון היוצא מתחת ידי שליש מיירי בדאתחזק בבי דינא מ״מ מנלן דמיירי דאתחזק בבי דינא בענין דליכא מגו כלל נימא דמיירי דאתחזק בבי דינא דליכא מגו דהשתא אבל מגו דמעיקרא מיהא איכא

ויראה לי שכונת בעל ההגה״ה לומר דמשלמא אי הוה מפרשינן ברייתא ואת בדלא איתחזק בבי דינא ליכא לאוכוחי דשליש נאמן בלא מגו דה״א דטעמא׳ הנאמנות כאן בשליש משום מגו אבל כיון דמוכח מפרק ז״ב דמיירי באתחזק וצריך לומר דטעם הנאמנות משום דהא הימניה איכא למימר דלגבי שליש מהימנינן ליה בלא מגו כלל וא״א ליזהר בפי׳ הגה״ה זו ולפרשה דבמיגו דהשתא קאמר אבל ליזהר האמת נראה דס״ל דאפי׳ בלא מגו נאמן והיך שיהיה לדברי הרב הנמקי מוכיח דדוקא במיגו דמעיקר׳ נאמן וכדכתבינן

והתימה על הרב ב״י בח״מ סימן נ״ה והרב״פ חלק ח״מ סימן קכ״ג ותכ״ב ומהר״י אדרבי סי׳ ת׳ דכתבו בשם הרב הנמקי שבליש נאמן בלא מגו והם כונת בלא מגו כלל ליתא וכמ״ש ועוד אנהי לא כ״כ בשם הגה״מ שכתבוהו בפי׳ וכמ״ש והם כונתם לו׳ במגו דהשתא אבל מגו דמעיקר׳ איכא וכי לזה הוצרכנו מדברי הרב הנמקי כל הפוסקים בכמה הלכתא קמא והם רובא דרובא ובמעט כולם סוברים דשליש נאמן בלא מגו דהשתא ויש להגדיל התימה על מהר״י אדרבי ז״ל שכתב בסימן הנז׳ ומ״ש החכם שבכיון זה אין כאן מגו דאי בעי שורפו או קורעו משום שהרי ראובן לפי סברתו צריך לו לשטר הראשון להיות נסמך ונגרר אחר שטר הראשון לברר התנאים אשר כתוב בשטר הא׳ הימן שכן כתוב בשטר השני וכיון שכן היאך יכול לבערו מן העולם

לזה אני אומר שכתב ב״י בסוף פ״ק דמציעא וז״ל ומדאמרינן דהא הימניה שמעינן דשליש אפילו בלא מגו נאמן כיון דהימניה כ״ש בב״ד נהי דליכא מגו דאי בעי קלתיה מ״מ איכא מגו דאי בעי קרעיה קוד׳ הראותו לב״ד דאף אם יהיה קרוע יכול ללמוד התנאים הכתובים בו ובפי הנראה דבטענה הראשונה קודם שאמר הר״א רוצה לזכותו אפי׳ בדליכא מגו כלל ותימה דמדברי ב״י ליכא הוכחה אלא בדאיכא מגו דמעיקרא וכדכתבינן :

והנה לפנינו למרין שליש מ״ות בשליש לדעת יש פוסקים שכתב בעל התרומות בשער כ״ב שליש אינו נאמן אלא במגו גמור דהשתא ולדעת ב״י וסיעתו כל דאיכא מגו דמעיקרא אע״ג דליכא מגו דהשתא נאמן ולדעת הגהות מרדכי אפי׳ בדליכא מגו נאמן ובאחר דלאו שליש הוא ה״ת ורבינו ירוחם והרב הנמקי ז״ל כתבו דבמגו גמור דהשת׳ נאמן ודברי הרב בעל הטורים ז״ל המופקים אילי בזה שכתב בח״מ סימן ק״ח ואם א׳ מן היורשים אומר לי נודע שהשטר פרוע והאחרים אומרים לא פקדנו אבא רואים אם השטר יוצא מתחת יד זה שאומר שהוא פרוע הפקידו כולם שהוא נאמן במגו דאם היה רוצה לשרפו ואם היה יוצא מתחת יד אחר הוא הפסיד חלקו והאחרים כגבעי׳ שבועת היורשים ונוטלין חלקם שהוא אינו נאמן להפסיד להם הלק׳ בהודאתו לאחרים וא״א הרא״ש ז״ל היה אומר אפילו אם היה השטר בידו אינו נאמן להפסיד להם הלקם דכל דותכין של עסק אין כח ביד האחר להפסיד לחבירו בהודאתו ולא אמרינן אי בעי קלתיה אלא בשליש שהאמינו שניהם בידו ע״כ וכ״כ הרא״ש ז״ל בכלל ן׳ וכלל ס״ד סימן ה׳ וכלל ס״ח סימן י״ח דלא אמרינן אי בעי קלתיה אלא גבי שליש וקשיא לי שהרא״ש ז״ל בתשובה ראש כלל ס״ה כתב גבי אלמנה שאומרת שטרות אלו כרועים נאמנת אפי׳ אומרת כן אחר שילאו השטרות מידה ע״כ והלבד שה שבונה

שמו ע' תשובת הגאון רבינו קמחי ז"ל מהריב"ל בח"ג סי' ל"ז והרא"ם ז"ל בח"א סי' מ"א וק"ח ומהר"א ששון ז"ל סימן ע"ב בתשובה זו קורא: בנדון דתנן למפרע אמרינן והיא הפך כל הפוסקים ומוכיח מהתלמוד קשה לי דתנו' זו הולכת אתשובה דכלל ז' סימן ו' ובכלל ס"ד סימן ה' ובכלל ח"ח סי' י"ח דבתשובה הנז' כתב דאמרינן מגו דאי בעי קלתיה אף ע"ג דלאו שליש הוא ובתשובות הנז' כתב דלא אמרי' מגו דאי בעי קלתיה אלא בשליש וניחא לי דכיון דתשובה זו איירי באשה הנושאת ונותנת תוך הבית ובאפוטרופוס שהוא ממונה על כל הבית ה"ל כשליש דויל בתר טעמא מה טעם השליש נאמן משום דהוא הימניה אף כאן בתשובה זו הרי הבעל בחיים חייתו האמין לאשה ולאפטרופוס ויש לו דין שליש תשא"כ בשאר התשובות דלא הוי שליש ומהדי במרומים באחר שכתבתי כן מצאתי עלמי מלאתיו בתשובות מורי הרב ז"ל ה"א סימן ל' כא' מן הדרכים באופן דמה שכר' מפשטות דברי הרא"ש ז"ל דאחר אפילו בתגו דהשתא אינו נאמן

ולינא למימר דע"כ לא קאמר הרא"ש ז"ל דאינו נאמן אלא כשהשטר יוצא מתחת יד מלוה אבל כשהשטר יוצא מתחת יד לוה נאמן ולכאורה נראה שעי לוה ממ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה שוף כלל פ"ד וז"ל וכן נמי מחם שטר שהוא ברשות המלוה אינו בחזקת שהוא פרוע דאין הלוה פורע עד שיחזיר לו השטר ע"כ אלמא דאם השטר יוצא מתחת יד לוה נאמן דמשום שטר היוצא מתחת יד לוה כרוע הוא דהא בורכא שהרא"ש ז"ל לא תלה הטעם בהיותו ביד המלוה ולא ביד הלוה אלא שתם כתב דלא אמרינן אי בעי קלתיה אלא בשליש ובל שאינו שליש אפי' יוצא מתחת יד לוה אינו נאמן דאם איתא דטעם הרא"ש ז"ל משום דיוצא מתחת יד המלוה העיקר חסר מן הספר דהי"ל לומר דלא אמרינן מגו דאי בעי קלתיה אלא ביוצא מתחת יד לוה לא ביוצא מתחת יד מלוה ועוד מאיזה טעם נאמר דלא אמר הרא"ש כן גבי לוה אלא דוקא גבי מלוה ואי דהיינו מטעם החזקת דזהו שטר שהוא ברשות המלוה הוא בחזקת שאינו פרוע א"כ איכא אך פשיטא ליה להרא"ש ז"ל דלא אמרי' מגו מטעם החזקה והא הי אמרינן מגו במקום חזקה בשי"א דלא איפשיטא בפ"ק דבתרא ופסקו הרי"ף והרא"ש ז"ל גם ובע"הת בשער י"ו ומהריב"ל בח"א דף קל"ג ע"א וח"ג סי' פ"ט ומורי הרב ז"ל בתשובה ח"א סי' פ"ב דכיון דלא איפשיטא הויא רומיא לתובע וקולא לנתבע ומתבע הנתבע ומפטר וא"כ הכא בנידון הרא"ש ז"ל הוי כותן שהלו' מתבע' הנת' ומפטר

ואע"ג דהכא מיירי כשיש שטר ביד המלוה וכתבו התוס' בפרק חזקת הבתים והרא"ש ז"ל בפרק שבועת הדיינין והמרדכי בפרק הכותב ובע"הת בשער כ"א ומהריב"ל ז"ל בח"א דף קכ"ט ע"ג ובח"ג סי' ע"ט דהיכא דאיכא שטר לא מקרי מגו להוציא כבר כתבתי בתשובה אחרת והוכחתי מדברי הר"ן ז"ל בפרק שבועת הדיינין דס"ל דאע"ג דאיכא שטר מקויים מקרי מגו להוציא ואפילו לדעת התוס' וגיעתם ז"ל כהי דהיכא דנקינו שטרא לא הוי מגו להוציא מ"מ אין בעל השטר כקרא מוחזק בספיקא דדינא דקי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכמ"ש הריב"ש ז"ל בסי' ת"ד וכ"כ הרמב"ם ז"ל בסוף הלכות מלוה ולוה והרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י טור ח"מ סימן ע"ב מהדורין ה' ומהר"ם הלפקאר ז"ל בסי' ל"ד ומהר"י הלוי ז"ל סי' י"ט וכ"ל דאיה לזה מ"ש בב"ק פ' שור שנגח את הפרה המחזיק בנכסי הגר לא החזיק בשדה וטעם הדבר כתבתי בתשובה אחרת ואע"פ שהמרדכי פרק הבא

על יבמתו והגאון מהר"י רולקו ז"ל כתב ל"ב דהדין דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי דבריהם הם אלא אי ההתמיהה דאיך שבקי ב"ה ועבדי כב"ש דכ"ש במקום ב"ה אינה משנה וכבר הארכתי להרות על דבריהם בתשו' הנז' ובספר כנסת הגדולה ח"מ סי' ס"ו ובכנסת ה"י אות א' וכ"כ הלאתי לרב ב"י ז"ל בח"מ סי' ס"ו בספר בדק הבית והרמ"ס ז"ל חלק ח"ת סי' ל ומורי הרב ז"ל ח"א סימן ח"א ובעל שלטי הגבורים פרק המקבל דף קל"ב ע"א חלקו עליהם בזה ואע"פ שהרמיה ליכא משגגון את הכל כולה לצורה אחת

ושמא דאמר דאי אמרי' הלוה מוחזק בממונו והשטר מפטר היינו דוקא היכא דהשטר בידו דאית ליה מגו ואע"ג דהוי מגו במקום חזקה כיון דלא איפשיטא הוי קולא לנתבע אבל הכא שהשטר יוצא מתחת יד מלוה היאך יועיל מגו של מלוה לגבי לוה א"כ קשה איך כתב הטור ח"מ סי' ע"ז וז"ל אבל אם לא הוחזק כפרע בב"ד נאמן במגו דאי בעי מלינן לשטריה וכ"כ דברי הרא"ש ז"ל בכ"ב דכתובות והרי התם דהשטר יוצא מתחת יד המלוה ואפ"ה נאמן במגו אע"ג דאיכא חזקה ואי אית לך למימר דאע"ג דהוי במקום חזקה בשי"א דלא איפשיטא במקום חזקה כואת אמרי' הא ליכא לא יהא נאמן המלוה לומר פרוע הוא במגו דאי בעי קלתיה ויועיל מגו שלו ללוה א"ה ואי ליתיה להאי כללא ולא שאני ליה להרא"ש ז"ל בין יוצא תחת יד מלוה ליוצא מתחת יד לוה דבכולהו גווני כיון דלא הוי שליש לא מהימן משום מגו דאי בעי קלתיה

ומה שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה סוף כלל פ"ד דשטר שהוא יוצא מתחת יד המלוה שהוא שאינו פרוע לא כתב כן אלא לחלוק שכתב שם שהמוכרת האשה לאחר אמרתם לי ביום כרוזים והיורשים מכחישים דנהא מוכחו כדבריהם מגו החזקה דהוי כמו דורי הרגת אשה דהיינו להרגו אבל כאן לא מוכרת כן אלא שהיא הודתה כרוז הוא אין צורך לה דבכל גונא אפילו יוצא מתחת יד לוה אינו נאמן דלא אמרינן מגו דאי בעי קלתיה אלא גבי שליש וראיה לזה מה שכתב הרא"ש ז"ל כן א"ח בתשובה דכלל פ"ד שם כתב על מה שהיא מוכרת שהיורשים מודים שיקרעם אבל בתשובה דכלל ל' סי' ו' שהוא הנדון שכתב עליו בכלל פ"ד לא כתב כן משום שם כאן שהיא אומרת שהוא כרוז ולא הזכיר שם שהיא מוכרת שהיורשים אמרו לה שהם כרוזים גם להרב ח"ז ז"ל בב"י ח"מ סי' מ"ז ראיתי שאינו מחלק בדברי הרא"ש ז"ל בין יוצא מתחת יד מלוה ליוצא מתחת יד לוה וכיון דטעם הרא"ש ז"ל משום דבשליש איכא למימר דאין אינש הופך ולא זו מש"כ בשטר הדבר שאינו כאן כמו דאיהו ומינה דביוצא מתחת יד לוה שהוא בעל דבר ורב לאחרים אינו נאמן וזה פשוט לע"ד ואע"כ כיון שלכלינו נחבר ראים האחרים אע"פי שהשטר יוצא מתחת יד לוה אינו נאמן במגו דאי בעי קלתיה לדעת הרא"ש ז"ל

איברא שראיתי למהרי"ח ז"ל כבי הנז' מבין בדעת הרא"ש ז"ל שלא אמר דבל שאינו שליש אינו נאמן במגו דאי בעי קלתיה אלא דוקא במגו דמעיקרא אבל במגו דהשתא אפילו אחר דלאו שליש נאמן וכן יש להוכיח מתשובת הרא"ש ז"ל שהובאה בספר הטורים סוף סי' ע"ח וז"ל וכתבו בהוב כיון שא' מודה שנפרע אם אין לו נכסים לא הפסיד כיון דהשטר בידו ע"כ דנראה דדוקא משום שהשטר בידו של תובע אינו נאמן להכחיש חלק חבירו הא אם השטר ביד הלוה נאמן וזה הפך מה שכתב כאן אם לא שנאמר דבתשובה ההיא מיירי בדאיכא מגו דהשתא והיב הרב בכל

הטורים ז"ל בסי' ק"ח מיירי בדליכא מגו דהשתא כדברי מהרש"ח ז"ל והכי נמי מוכח ממ"ש בספר הטורים סימן כ"ג וז"ל וכן אם יצא שט"ח על לוי בשם שמעון בק' זהובים ממעות המתנות ואמר שמעון נתפרעתי והודיתי לכתוב לו שאמר שמעון קבלתי זמן לשנה או שנתים אינו נאמן דשמא קנוניא עשה על נכסי ראובן וכיוצא דכין דין זה לוי כשטר שהוי את שמעון ואם לא הביא שמעון ראיה ישלם מביתו ויחבע ללוי בגוף זמן וכן כל כיוצא בזה והראב"ד ז"ל כתב מאחר שבכפי שעל לוי מכורש שהוא ממעון השגוף של ראובן אם נשטר ביד ראובן למה יפטר לוי מהלל בהודאת שמעון כי אם מהמורשה שלו אם יכול להוכיח שמעון יוכיח ואם לאו יחבע ללוי אבל אם השטר ביד שמעון נאמן לומר פרעתי ע"כ וכפי מ"ש הרב ז"ל בב"י שכ הרמב"ם ז"ל מסכי' עם הראב"ד ז"ל והם חולקים על מ"ש בספר הטורים בסי' ק"ח בשם הרא"ש ז"ל ותימא דא"כ הטור סותר את עצמו דבסי' כ"ג פסק כדברי הראב"ד והרמב"ם ז"ל ובסי' ק"ח פסק כהרא"ש ז"ל ושתי הסברות אין לגם יושבה אחת בעולם ודוחק לומר שהכי חולק על אביו וסובר כדעת בעל התרומות ולכן נ"ל דמה דנית הרא"ש ובע"הת שהביא הטור בסי' ק"ח הוא בדליכא מגו דהשתא ומ"ש הטור בסי' כ"ג בשם הראב"ד והרמב"ם ז"ל הוא בדאיכא מגו דהשתא

ומצאתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' תכ"ד כשאל על יורש שאמר שהשטר שיש לאביו על שמעון הוא זייכו אם נאמן והשיב דכיון דאין השטר יוצא מתחת ידו אינו נאמן והביא ראיה מדברי הרמב"ם והראב"ד ז"ל שהביא הטור בסי' כ"ג וקצת תימא שלא הזכיר מחלוקת הרא"ש ובע"הת שהביא הטור בסי' ק"ח דלכ"ע שכ"ד שלא היה השטר יוצא מתחת האומר שהוא מזוייף אינו נאמן וכן ראיתי להרב"ד ז"ל ח"א סי' פ"ט נשאל על הנדון עצמו שנשאל מהר"י אדרבי ז"ל והביא מחלוקת הרא"ש ובע"הת בסי' ק"ח ואע"כ שהרב ז"ל סתם דבריו כונתו לומר דלא מהימן לכ"ע כיון דאין השטר בידו גם להרמב"ם ז"ל שחלק א"ה ראיתי דברים מגומגמים שכתב שם ואין לומר דשאני התם דליכא שטר והתם במעשה דמהר"ם ז"ל לא היה אלא כתב יד דל"ש כיון שהשטר בידו וכמ"ש הטור בח"מ סי' ק"ח ואם אמר אחד מהיורשים לי נוה שהשטר פרוע והאחרים אומרי' לא כקדנו רואים אם השטר יוצא מתחת זה שאומר לי נוה שהוא פרוע השטר בידו כו"ס שהוא נאמן במגו שאם היה רוצה היה שורפו ע"כ ותמה אני שאם בא להוכיח דאף בשטר אמרי' לאי בעי קלתיה זו תלמוד ערוך הוא בידינו בפז"ב בההיא איתתא דנפקא שטרא מתחת ידה והימנה רב נחמן מגו דאי בעי קלתיה ואם בא להוכיח דאע"ג דלא הוי שליש אמרי' מגו דאי בעי קלתיה אדמביא סייעתא מדברי בע"הת ז"ל שהביא הטור ז"ל ליפרוך ליה מהרא"ש ז"ל שחלק על זה וליכא למימר דמשום דבכ"ד היה מוחזק לא חש להזכיר סברת הרא"ש ז"ל דהי"ל לפרש ועוד שנדון שלו אפוטרופוס היה ויש לו דין נפקד והיינו כפקד והיינו שליש וכמ"ש הרשב"א ז"ל

ודברי הרא"ש בפ"ב דכתובות עלה דההיא מימרא דאמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ומפרש בגמרא בדקאמר מלוה וכשחב לאחרים מוכיחין בביאור דאחר אינו נאמן אפילו במגו דהשתא שהוא ז"ל הקשה נהמניה למלוה מגו דאי בעי כביש לשטריה ותירץ בשמוחזק השטר בב"ד אלמא אם לא הוחזק השטר בב"ד נאמן במגו דאי בעי מכבש ליה וכ"כ הריב"ה בסי' מ"ו ובפירוש וז"ל ואם לא הוחזק השטר בב"ד נאמן במגו דאי בעי מכבש לשטריה ע"כ ולפי האמור בכ"ד שלפי האמור אית ליה מגו דהשתא נאמן היורש לומר שכתובת אמו כרועה היא

וכל זה אינו שוה לי שמחלוקת הרא"ש ז"ל עם בע"הת בסתם הוא ומשמע אפילו אית ליה מגו דהשתא גם לדברי בע"הת במקומם בשטר י"ד בסתם נאמרו ומשמ' דמיירי בדאית ליה מגו דהשתא והדבר בעצמו מוכרח נומר כן דאם מחלוקתו עם הרא"ש ז"ל בדליכא מגו דהשתא מ"ט דבע"הת דסובר דנאמן והא מסוגיא דפז"ב מוכח בבירור דדוקא בשליש נאמן במגו דמעיקרא אבל אחר אינו נאמן במגו דמעיקרא ועוד אם בעל התרומות סובר דאפילו אחר במגו דמעיקרא נאמן קשה שהוא עצמו כתב בשער כ"א דמסתבר' כמ"ד שאפילו שהמלוה נ"כ מפסיד גם כן לעצמו אינו נאמן משום דחיישינן לקנוניא ע"כ ובמאי איירי אי בדלא הוחזק השטר בב"ד דאית ליה מגו דהשתא השתא ומה שמיו דמעיקר' כתב בשער י"ד דנאמן במגו דהשתא לא כ"ש ואם מיירי במגו דמעיקרא כדאוקמוה התוס' והרא"ש והטור הרי בשער י"ד כ' דאפי' במגו דמעיקר' נאמן ולכן מוכרחין אנו לו' דבשטר כ"א מיירי בדלית ליה מגו דהשתא ובשער י"ד מיירי בדאית ליה מגו דהשתא ואפילו לפי מה שתירץ הרב"ח ז"ל בסי' מ"ו אע"פי שאין כאן ראיה אפילו אם נכרע מחלוקת הרא"ש ז"ל עם בע"הת במגו דמעיקרא מ"מ הדין נותן בנדון שלפנינו שאין היורש נאמן לומר פרוע הוא וכמ"ש לפנינו בס"ד

ולכן אני אומר דמחלוקת הרא"ש עם בעל התרומות הוא אפילו דאיכא מגו דהשתא כמבני לבוגם וכרן שהכרחתי למעלה אמנם צריך אני ליישב כל המדו' בכתבתי למעלה שמוכיחין שמחלוקת הרא"ש עם בע"הת הוא בדליכא מגו דהשתא והנה המקום אשר יותר מוכיח דהרא"ש מודה דאפילו אחר במגו דהשתא נאמן הוא מ"ש בפ"ב דכתובות והתבו הריב"ה בסי' מ"ז כמ"ש למעלה ונראה דאיכא לחלק ולומר דהתם דאני דהוב של כ"ח שגי' אינו כפקד לגמרי דאם היום או למחר ירויח המלוה האומר על שטרו פרוע יפרע כ"ח ממנו אבל בנדון הרא"ש ז"ל שחולק על בע"הת שהביא הרב בעל הטורים ז"ל בסי' ק"ח דהוב כפקד לגמרי אפילו במגו גמור לא מהימנינן ליה דלא אמרינן אי בעי קלתיה הלא בשליש אע"פי שהוב כפקד נגמרי

עוד יש לי לומר דהתם גבי מלוה איכא מגו דאי בעי מחיל אפילו הוחזק השטר בב"ד ואיכא עדים ורואה אבל הכא ליכא מגו דאי בעי מחיל דאם ימחול ימחול חלקו לא חלק שאר היורשים ואע"ג דאין זה מגו טוב שאינו רוצה להפסיד חובו מ"מ חיישינן לקנוניא וכמ"ש בע"הת בשער כ"א הובא בספר הטורים סי' מ"ז דאפילו אם המלוה מפסיד גם לעצמו כיון שחייב לאחרים מנה והשטר שהוא הוי' שהוא פרוע הוא ממאתים אפ"ה אינו נאמן מטעם דחיישי' לקנוני' כלומר שמא יעשה קנוניא עם הלוה שיפרע לו חלקו בסתם והוא יאמר שהכל פרוע כדי שירויח הלוה מה שהוא חייב לאחרים אבל אינו מתיישב בדברי הרא"ש ז"ל בפ"ב דכתובות דקשה דלהימניה למלוה במגו דאי בעי מחיל ותירץ שאין דעתו למחול ולהפסיד חובו ע"כ הנה לדעתו מגו דאי בעי מחיל לא הוי מגו ולפי זה הרא"ש ז"ל סובר דלא חיישינן לקנוניא וכיון דלא חש לקנוניא אם המלוה מפסיד לעצמו נאמן ויש כאן תימה על הרב בעל הטורים ז"ל שפסק בסי' מ"ז שלא כדעת אביו הרא"ש ז"ל ועוד מאחר שהוא סובר דחיישינן לקנוניא אפילו הוחזק השטר בב"ד יהא נאמן המלוה לומר פרוע הוא במגו דאי בעי מחיל ויעשה קנוניא עם הלוה גם על הרב בעל התרומו' דחייש לקנוניא איכא לאקשויי נימניה במגו דאי בעי מחיל ולומר אני דהרא"ש והרב בע"הת לא פליגי וכולהו מודו דכשהשטר הוא בענין שאפילו המלוה מפסיד לעצמו חיישינן לקנוניא ואינו נאמן ומשום

דאי בעי מחיל אינו נאמן ולא חיישינן לקנוניא והטעם בזה דבלא״ה אין למלוה היכן לקנוניא אבל להאמינו למלוה לא חיישינן לקנוניא

אמנם עדיין יש מקום לומר דבשלא הוחזק השטר בב״ד נאמן המלוה במגו דאי בעי מחיל ומה שכתב הרא״ש ז״ל שאין זה מגו טוב שאינו רוצה להפסיד חובו הוא בהוחזק השטר בב״ד דלית ליה מגו דהשתא וכיון דריע מגו שלו אף במגו דאי בעי מחיל אינו נאמן דלא חיישינן לקנוניא להאמינו אבל כשיש לו מגו גמור מגו דהשתא אע״פ דבמגו דא״ב קלתיה אינו נאמן משום דלא אמרינן הכי אלא גבי שליש במגו דאי בעי מחיל ויעשה קנוניא מהימנינן ליה ואע״פ שהרב בעל הטורים בסי׳ מ״ו כ׳ ואם לא הוחזק השטר בב״ד נאמן לטעון במגו דאי בעי מקרע לשטריה לא דקדק בענין המגו דכיון דלפי האמת נאמן במגו לא חש לדקדק אי במגו דאי בעי מקרע אי במגו דאי בעי מחיל

ותשובת הרא״ש ז״ל דכלל ס״ז סי״ו שהביאה הטור בסי׳ ע״א לא מכרעא לומר דס״ל להרא״ש ז״ל דאפילו אחר במגו דהשתא נאמן אי בעית אימא דגרסינן כיון דהשט׳ בידם כמו שכתוב בתשובות הרא״ש ז״ל עצמו ואפשר שהולהו לומר דכיון דהשטר ביד השותפין נפרעין מהלוה חלק חבירו ואי בעית אימא דס״ל הרא״ש ז״ל כיון דהשטר בידו אינו נאמן אין גזירה והוא נתינת טעם למה אינו נאמן מפני שהשטר בידו אלא מה שאמר כיון שהשטר בידו הוא נמשך עם מ״ש למעלה וה״ק לא מהימן משום שהשטר בידו דמ״מ כיון שהשטר בידו הוא טעם למה שהיינו אומרים שנאמן ועל זה קאמר דלא מהימן מטעם שהשטר בידו דאע״פ שהשטר בידו לא מהני ליה מגו מהטעם שכתב הטור בסי׳ ק״ח דלא אמרי׳ מגו דאי בעי קלתיה אלא בשליש

ודברי הרב בעל הטורים ז״ל שבסי׳ נ״ג אע״פ שבלאור׳ נר׳ הפך דעת אביו הרא״ש לא מפני שלא יקשה עליו שאתם דבריו שלא כדעת אביו נפרש כדברי הרא״ש ז״ל פירוש זר ורחוק מלבד שאיפשר לומר שהוא ז״ל העתיק דברי הראב״ד והרמב״ם ז״ל ג״א את לבו שהוא חולק על הרא״ש ז״ל ואיפשר ג״כ שהוא מפרש דברי הרמב״ם כשטען אפי׳ שהשטר ביד שמעון כמו שהבין הראב״ד ז״ל ולפי זה דעת הרמב״ם ז״ל כדעת הרא״ש ז״ל ואע״פ שהר״ב הטורי׳ הביא סברת הראב״ד ז״ל זה דרכו להביא סברות אעפ״י שאין דעת א״ל כהרמב״ם ז״ל כמו שגילה דעתו בסי׳ ק״ח וכיון שזכינו לדין דמחלוקת הרא״ש ז״ל עם בעה״ת ז״ל הוא בדאיכא מגו דהשתא ואמר מעתה דאפילו יש לו ליורש מגו דהשתא יכול בנימין לומר קים לי כהרא״ש ז״ל דאינו נאמן ואפילו תימא שדברי הרא״ש ז״ל מסופקים שהבנתם כיון שבשניהן סובלים שני הפירושים יכול בנימין לומר קי״ל כהרא״ש ז״ל כפי זה הפירוש ופת״ש מהריב״ל ז״ל בס״א כלל ב׳ סי׳ י״ג קי״ו דפוסק שסובלים דבריו שני פירושים יכול המוחזק לומר קים כפוסק הזה כפי זה הפירוש וכ״כ בספר ת״י סימן ס״ו

ולכאו׳ למיתר ראעיקרא דדינא פירכא אחר שאנו אומרים שמחלוקת הרא״ש עם בעה״ת הוא אפילו בדאיכא מגו דהשתא. כתבו דרבינו ירוחם והרב הנמקי והרשב״א והר״ן ז״ל שהביא הרב הנמקי סוברים כבעה״ת ונמצא הרא״ש רק הוא יחידי בדבר הזה דאע״ג דהרב ז״ל בספר הגזר והלבוש כתבו סברת הרא״ש ז״ל בשם יש מי שאומר כבר כתב הגאון מהר״י קולון ז״ל בשורש ל״ז שפוסק שמביא סברא אחת בשם והסברא האחרת בלשון י״א דעתו לפסוק כסברא שכתב בסתם ומורי הרב ז״ל בתשובותיו חלק ס״ו סי׳ א׳ ומהרמ״ע מפאנו בתשובותיו סי׳ כ״ו כתבוהו ביחוד על הרב ז״ל בספר הקל׳ שגם הוא כתב סברא זאת בריש והאחרת בשם י״א יעשו לב זוק כסברא אחת שכתב בסתם שהרי הרב בעל הטורים ז״ל מסתמא נגרר אחר דעת אביו הרא״ש ז״ל ומה גם שהביא דעתו ז״ל באחרונה ואע״פ שהרב ז״ל בח״מ סי׳ ע״ו כתב דהרא״ש וכנו הרב בעל הטורים ז״ל כח א׳ נינהו מהריב״ל ז״ל בס״א סי׳ ז׳ והרשד״ם בחלק ח״מ סי׳ ק״ן ובעל השבטי שמואל סי׳ ק״ג ומהרש״ח ז״ל ח״ב סי׳ כ״ח וקכ״ו ורי״א ומהר״א ששון ז״ל בסי׳ מ״ב וקל״ד והרא״ה ז״ל בתשובה כ״י סי׳ ק״ח ומהר״ש הלוי ז״ל חלק ח״מ סי׳ כ״א כתבו דתרי כוחות נינהו ואע״ג דמידי מחלוקת לא נפיק וכל שיש ספק אם יכול לומר קים לי או אינו יכול לא כל כמיניה לומר קים לי כיון דהא קיימינן כמ״ש מהר״י הלוי ז״ל בתשובותיו סי׳ כ״ב וג״נ וס״ו ונלמד דבר זה מדברי מהריב״ל כלל י״ג סי׳ ע״ז וכלל י״ד סי׳ פ״א ופ״ד וח״ב סי׳ מ״א ומהרש״ך ז״ל ח״א סי׳ קל״ג ומורי הרב ז״ל ח״א סימן ע״ב וקי״ב וקל״ב ומהרח״ש ז״ל בתשובה סי׳ כ״ד ול״ז ול״ד ומהרא״ם ז״ל בתשובותיו הנדפסות מחדש חלק ח״ה סימן כ״ט כ״ל דאין כלל זה אמור אלא כשבני פוסקים אומרים דאינו יכול לומר קים לי אבל בנדון הלז שלא מצינו מי שיאמר דהרא״ש וכנו הרב בעל הטורים ז״ל כח א׳ נינהו זולת הרב ז״ל ה״ל יחיד בפני כל הני רבוותא ואין המוחזק יכול לומר קים לי כותיה ועוד דאע״פ שהרב ז״ל בספר הקל׳ והלבוש סוברים דסברת בעה״ת עיקר מדכתבוה בסתם מ״מ מדכתבו ג״כ סברת הרא״ש ז״ל בשם יש מי שאומר ואי בשיטתם לומר שיכול המוחזק לומר קים לי שלא לטעון עליה ואם לא כן למה כתבוה כיון דאין זה שטה ומה גם לא״ש לדעת הרמב״ם ז״ל שהביא בעל הטורים בסימן נ״ג קאי כסברת הרא״ש ז״ל

ועוד ראיתי להרשד״ם ז״ל בחלק י״ד סימן קס״ו כתב דע״כ לא כתב מהרי״ק ז״ל דאין לומר קים לי כפלוני היחיד במקום רבים אלא כשלא היה המוחזק המעיקרא אבל אם היה מוחזק מעיקרא בסברת יחיד הנהיה כר״ת לא מפקינן מיניה ע״כ ואין ספק שהרא״ש ז״ל בדורו כמוהו כר״ת בדורו להטען עליו המוחזק מעיקרא ואע״פ שאני בעניי מצולם לא סמכתי על סברא זו מפני שנראה מדברי שאר הפוסקים דלא ס״ל האי כללא ולא ראיתי למורי הרב ז״ל ולרבני הדור שהתמהו בכלל זה מ״מ יועיל סברא זו לשני בב״ד להחזיק המוחזק בשלו כפי סברת הרא״ש והטור ז״ל בסימן ק״ח אע״פ דלרב ז״ל הרא״ש ז״ל וכנו לא הוי אלא כח אחד

ואדינא מילתא דלא אהדר שטר מלכא דבב״ד מ״מ אין היורש נאמן לומר שמחובת אביו פרועה וזכה בנימין בדינו דאם נפרש מחלוקת הרא״ש ז״ל ובעל התרומות ז״ל בדאית להו מגו דהשתא כמ״ל דהרא״ש ז״ל סובר דאינו נאמן ויכול המוחזק לומר קים לי כהרא״ש ז״ל ואם נפרש מחלוקת הרא״ש ובעה״ת בדלית ליה מגו דהשתא זכה בנימין בדינו לדעת הבעה״ת ויכול לומר קים לי כבעה״ת שהרי מהרש״ח ז״ל בפירושו סימן מ״ז כתב ליישב דברי בעל התרומות משטר כ״א לשטר י״ד בשטר כ״א דהמלוה אומר פרוע אם אתה יהנה אבו ה״ל לתקרעיה או לכתוב שובר אבל בשטר י״ד כיון שמת הלוה איכא למימר דלא הספיק לקרעו או לכתוב שובר וגם כתב שלא ראה מי שחלק בין הוחזק השטר בב״ד ללא הוחזק אלא הרא״ש והטור ז״ל ונמצא לפי דבריו שבעה״ת בשטר כ״א סובר דאפי׳ לא הוחזק השטר בב״ד לא מהימן לומר פרוע הוא דאם איתא ה״ל למקרעיה וא״כ בב״ד כיון שנטענת היורש הוא שהכתובה פרועה הם כמו שיתבאר בס״ד לא מהימן

מהימן משום דאם איתא שפרעה ה"ל למקרעה או לכתוב שובר באופן דאין דרך לכנות ימין ושמאל כי אם לזכות לבנימין

ואי איכא מאן דמותיב מ"ז משום שאחת יש לזכות ליורש כיון דיכול המוחזק לומר קים לי ה"ל הלוה מוחזק בממונו כמ"ש לעיל דאע"פ שהמלוה מוחזק בשטרו לא מקרי מוחזק ובשלמא בניון בע"ח והרא"ש שיצא השטר מתחת יד המלוה ואשתכחו הטעם מגו אע"פ שהלוה מוחזק בממונו מ"מ כיון דאינו זוכה אלא מטעם מגו דאי בעי קלתיה אין המגו של מלוה מועיל ללוה כיון דאין השטר בידו אבל בנדון שלנו שהשטר יוצא מתחת יד לוה ואית ליה מגו זוכה לדעת מי שסובר דאמרן כשאומ' קים לי כותיה הא לאו מילתא היא דהכא האי יורש לגבי יורשים ה"ל כמלוה לגבי לוה ודינו שלו לא מהני לגבי אחר יורשים שהם מוחזקים בממונם בחלקם המגיע להם משטר זה שהוא בידו והוא פשוט

אני טרם אכלה לדבר בזה אמינא לא מטעי אבר היה לפני מן הקושי בדברי מהרב"ח ז"ל במה שפירש בדברי הרא"ש ז"ל במ"ש דלא אמרינן מגו דאי בעי קלתיה אלא גבי שליש ופירש הרב ז"ל הטעם דגבי שליש איכא למימר אין אדם חוטא ולא לו משא"כ בבעל דבר וחב לאחרים וקשיא לי שהרי תשובת הרא"ש ז"ל דכלל ז' סימן ז' ובכלל ס"ד סימן ה' ובכלל פ"ח סימן י"א אינו בעל דבר ואיכא למימר אין אדם חוטא ולא לו ואע"פ כן כתב הרא"ש ז"ל דאינו נאמן דלא אמרינן אי בעי קלתיה אלא גבי שליש וצריך לידחק ולומר דס"ל להרא"ש ז"ל דתרתי בעי שיהא שליש ושלא יהא חוטא ולא לו והוא דוחק.

ועוד אני אומר דבנ"ד לכ"ע אינו נאמן לומר פרוע הוא אע"פ שהשטר יוצא מתחת ידו דע"כ לא קאמרינן דכשהשטר יוצא מתחת ידו מהימן אלא כשאין לתלות שבא לידו אלא שהמלוה מסרו לידו אחר שפרעו אבל אם יש לתלות שבא לידו שלא בדרך פרעון כשליטא ופשיטא דאינו נאמן וכ"ש בנדון שלפנינו שרגלים לדבר ואמתלא דמוכח דכיון דלא נמצא בנימין בעת מות הזקנה רחל גם את הכל לקחו הנמצאים אתה בבית בעת מותה ושטר הכתובה בכלל וכן מתבאר מדברי הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ז' סי' ז' ומדברי מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן קי"א ודברים פשוטים הם

וגדולה מזו אני אומר דבנ"ד לכ"ע ליכא מיגו דבשלמא ביורש שהוציא שט"ח ואומר פרוע הוא נאמן מטעם מגו דאי בעי שורפו כיון דבין טוען פרוע בין אם היה שורפו המלוה מפסיד החוב מכל וכל אבל כאן בנדון שלפנינו שהוא שטר כתובה כשטוען פרוע הוא מפסדת האשה הכל מנה מאתים ותוספת ונדוניא אבל אם היה שורפה אע"ג דמפסדת נדוניא ותוספת עיקר כתובה אינה מפסדת כמ"ש התוס' ז"ל בפרק הכותב ובסוף פ"ק דמציע' דאפי' במקום שכותבין כתובה גובה מנה מאתים אע"ג דלא נקיטא כתובה בידה והבעל טוען פרעתי דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וכ"כ הר"ן בפ' הכותב בשם הגא' והסמ"ג בשם ר"י והובאו דבריו בס' הטורי' סי' קמ"ה וכ"כ המרדכי פ' הכות' בשם ר"ש בר אברה' ומהר"ם ומהר"ר יצחק בר מנוח וראבי"ה וכתב שם בשם הר"ס והר"ר יצחק בר מנוח דכן דנין הלכה למעשה גדולי אשכנז וצרפת וכ"כ בהגהת מרדכי בפי"ב דכתובות בשם הרב ן' מיגאש ז"ל ובה"ג והעיטור והגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש י"ט הביא כל זה ובשרש קי"ד כתב שכן דעת הראב"ד והמרדכי ז"ל וגאון אחר שהביא רבינו יצחק בן מרן ראובן ז"ל ובסוף כתב

ומאחר דאשכחן לכולהו אלו רברבי שפסקו כר"ח ור"ת ושפרשים למלתיה אפי' במקום שכותבין וכן פסק הר"ס הלכה למעש' ואע"ג דבתראה הוא וידע בדברי ר"ח ור"ת טפי מינן

לע"ד היה נראה דיש לפסוק כמותן ועוד דמעשה רב ועוד דגברי רברבי מספרדי דכן עשו כל גדולי צרפת הלכה למעשה וא"כ אין לזוז מדבריהם לפי ע"ד ע"כ ומאחר דנתבאר דאלמנה שאבדה כתובתה גובה עיקר כתובה מנה מאתים אפי' במקום שכותבין ולא נקטה כתובה בידה תו לא מהימן יורש זה לומר פרוע במגו דאי בעי קלתיה למגו גרוע הוא דאם היה אומר שנאבדה כתובתה היתה גובה עיקר כתובה ולזה בחר לומר פרוע הוא כדי שלא תגבה עיקר כתובה והלכה רווחת דמגו לגרוע לא אמרינן כמ"ש התוס' והרמב"ן ז"ל בפרק חזקת הבתים והתוס' פ' הכותב ומהריב"ל ז"ל ס"א דף קל"ב וס"ג סימן ע"ט והרדב"ז בתשובה כ"י ומורי הרב ז"ל ח"א סימן ל"ג ומגו זה מוסכם מהכל אין בו מחלוקת

וא"ת תינח אם היו הכל מודים דאפי' שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אפי' במקום שכותבין גובה עיקר כתובתה אבל כיון דר"ח והרי"ף והרמב"ם ז"ל והרא"ש והטור ורבינו ישעיה הראשון והאחרון חולקים וסוברים דבמקום שכותבין כתובה אי לא נקיטא כתובה בידה לא גביא אפי' עיקר כתובה כמבואר במקומות הנז' והשתא כולהו אתרוותא אתרא לכתיבי כתובה הוו תבעא לדידהו דנאמן היורש לומר פרוע הוא במגו דאי בעי קלתיה ולא היה פורע אפי' עיקר כתובה משום חזקתו דיכול לומר קים לי כמ"ד דאפי' עיקר כתובה לא גביא איכא למימר שהרי עיקר שרשי שיכול המוחזק לומר קים לי יצא לנו אחר שנתפשטו תשו' הגאון מהר"י קולון ואפ"ה כתב ז"ל דבזה יש לדון לגביא עיקר כתובה ואפי' דקים ליה דאע"ג דבעלמא יכול המוחזק לומר קים לי בזה המוחזק אינו יכול לומר קים לי מהטעמים שכתב בשרש קי"ד א"כ אע"פ שבנדון זה יכול ג"כ המוחזק לומר קים לי מהר שהדבר מחלוקת מגו שיכול לומר טענה שבמחלוקת היא שגויא לא אמרינן

ודבר זה קבלתיו מפי מורי הרב ז"ל ושוב מצאתיו בתשו' להרדב"ז כ"י ובתשו' מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' דף ט' ובתשו' מהר"אש ז"ל סימן כ"ז וק"א ובתשובה למורי הרב ז"ל סי' ל"ג וכן נראה מדברי מהר"י הלוי ז"ל סימן ע"ט ויראה הטעם דלא בעי למימר טענה דאם אחר כך יתפוס שכנגדו מוציאין מידו לפי סברת מהר"ם מטראני ז"ל בח"ב סימן קמ"ג דמי שזוכה בטענת קים לי ושוב תפס שכנגדו לא מפקינן מיניה ולפי זה הטענה אם כנטענה שאומר אינו זוכה אלא מטעם קים לי אמרינן מגו במקום מחלוקת ולמאן דס"ל דמי שזוכה בטענת קים לי ותפס שכנגדו דמפקינן מיניה והוא מהר"ש יונה ז"ל בתשובות סוף סימן מ' כ"ל דהטעם הוא מפני שאינו רוצה לזכות בזכיה מסופקת אלא רוצה לזכות זכיה ודאית אליבא דכ"ע ומדברי הריב"ש ז"ל סימן תנ"ח יש לדקדק דמגו במקום מחלוקת אמרינן

וראיתי לגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש קי"ד כתב וכן מסקנת התוס' ז"ל דמילתא דר"י בפ"ק דבבא מציעא הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום הויא בתקו' שכותבין כתובה אפי' נקיט כתובה בידה ואפי' טוען פרעתי וכן פסק הרי"ף כר"י ומפרש בפרק הכותב דמילתיה דר"י אפי' במקום שכותבין כתובה כדברי התוס' כו' ע"כ ולכאורה יש לתמוה דהרי"ף ז"ל בפ' הכותב פסק כשמואל דבמקום

דבמקום שכותבין כתובה אי לא נקיטא כתובה בידה לא גביא אפי׳ עיקר כתובה וכן כתבו בשמו כל הבאי׳ אחריו ומהר״י קולון ז״ל איהו נופיה בשרש י״ט כתב כן בשם הרי״ף ז״ל

וכד מעיינינן שפיר חזינן דלא קשיא מידי שמהר״י קולון ז״ל דקדק בדבריו וכתב וכן פסק רב אלפס כר״י דמפרש בפרק הכותב דמילתיה דר״י אפי׳ במקום שכותבין כו׳ ואי כונת הרב ז״ל לו׳ דהרי״ף פסק כר״י דאפי׳ במקו׳ שכותבין כתובה גביא עיקר כתובה כפסק התוס׳ ז״ל ושיפתם מה לו להאריך בלשונו לימא הכי וכן פסק רב אלפס כדברי התוס׳ אלא שכונת הרב ז״ל לומר דאע״ג דרב אלפס פסק דבמקום שכותבין כתובה אינה גובה אפי׳ עיקר כתובה איהו נופיה פסק במסכת מליעא כר״י ומפרש בפרק הכותב במילתי׳ דר״י אף במקום שכותבי׳ כתוב׳ כדברי התוס׳ ואע״פ שלכאורה נראה שסותר את עצמו כבר הרא״ש ז״ל בפ״ק דמליעא בשם הרמב״ן ז״ל ישב דעתו ואלא מיהו נקטינן מדבריו דר״י במקום שכותבין כתובה הוא וא״כ נקטינן מדבריו דלמאן דפסק לגמרי כר״י אפילו במקום שכותבין ולא נקיטא כתובה בידה גביא עיקר כתובה וזה פשוט

וכ״ת מאי נפקא לן מינה אי גביא עיקר כתובה או לא גביא הרי הסכימו הרבנים הגדולים מהר״י טאייטאצאק הובאו דבריו בספר אהלות יאודה דף ע״ה ומהרש״ם חלק א״ה סימן קכ״ז ומהריב״ל ז״ל ס״א כלל י״ב סימן מ״ל דבמקום שנהגו שלא להגבות לאלמנה מנה מאתים מכהנים מנהג ואין מגבין לה

ונראה דהאידנא כולהו אתרוותא מקום שנהגו שלא לגבות הוא וכיון שכן יכול היורש לומר פרוע הוא בזמנו דאי בעי קלתיה כיון דאפי׳ נקרע עיקר כתובה לא גבי׳ מנה הזמנ׳ הא פשי׳ לאו מילתא היא שמהרשד״ם ז״ל בסימן הנז׳ וקכ״ט הולק וסובר דאין מנהגם מנהג וכן דעת הריב״ש ז״ל בתשובה סימן ס״ה וחזר הדין למ״ש לעיל דתנו במקום מחלוקת לא אמרינן וכ״ש כשהאשה מקפדת לגבותה שמגבין לה וכמ״ש הריב״ש ז״ל סימן הנז׳ וכן כתב רבינו הרב מהר״י קארו ז״ל בתשובותיו לא״ה דיני כתובו׳ סימן ט׳ דף מ״ה ע״ב דהכל תלוי בהקפדה ואי מקפדת מגבין לה מנה מאתים וכן מצאתי בתשו׳ כ״י להרב הכולל כמהר״ר חיים עובדיא ז״ל ובתשובה כ״י להרא״ם ז״ל וכן מתבאר מדברי הר״ש בן הרשב״א ז״ל בתשוב׳ שהביא הרא״ם ז״ל בתשובה הנז׳ אחבו שתשובות הרא״ם ז״ל כבר נדפסו בתשו׳ הרב ז״ל ח״ב שנדפסו מחדש ואין ספק דבנידון שלנו הקפיד האשה לגבותו כדי שלא יהיה היורש נאמן מטעם מגו עוד תוסיף את כח בנדון שלנו דאפי׳ לדברי הרבנים הגדולים מהרי״ט ומהריב״ל בנדון שלנו גובה מנה מאתים דע״כ לא קאמרי הני רבוותא דבמקום שנהגו שלא להגבות מנה מאתי׳ דמנהגו מנהג ואין מגבין לה אף כשגובה בדוניא והתוס׳ דהתוס׳ במקום מנה מאתים הוא כמבואר מדבריהם אבל בנדון שלנו שאינה גובה התוס׳ לכ״ע גובה מנה מאתים וזה פשוט בעיני

עוד יש מקום לומר שהיורש לא יהא נאמן במגו ממה שכתב הרא״ש ז״ל בתשו׳ כלל פ״ט סימן ה׳ דבשכני׳ לא שייך מגו אפי׳ הם שותפין ואית להו דררא דממונא ובנדון שלנו לפי הנראה מהשאלה היורשים הם שכנים ואית להו מגו

וכד מן דין לעין כל היושר הולך הדברים מראין שהיורש הזה שקורי קא משקר ומהדר בתר זיופא וזה שאומר שכתובת אמו פרועה שקר ענה דאם כונתו לומר שפרעה אבו לאחוז זה אי אפשר שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים דאע״ג דחיישינן להתפסת דררי להכריכה בשניה לגבות ושרה כתובתה מכל וכל לא חיישינן וכ״ש שסבר כששונה כדרת בנה וגאו הב״ח לגבות ואם היו טוענין שפרעה הבעל היהד הבישוב ונבו לה כתובה

ואנב ארחין איגוא דאם טענת היורש היא שפרעה הבעל לאמו בחיים הייתו אבי׳ נימא דאין מגבין לה מנה מאתים אפי׳ במקום שמקפדת ואפי׳ דלא גבו תוס׳ ולא חיישינן לדברי הרשב״ם ז״ל מ״מ אין היורש נאמן מגו דאי בעי קלתיה מהא דכתב הרא״ש ז״ל בפ״ק דכתובות ובתשובה סוף כלל כ״ח והטור בא״ה סימן נ״ג דאשה שאבדה כתובתה ונתאלמנה או נתגרשה ידקדקו בכתובות קרובותיה כפי מה שנהגו לכתוב בני המשפחה נותנין לה ע״כ ובודאי דנותנין לה התוס׳ ואי למנה מאתים אין צריך לכתובות קרובותיה שדבר קבוע הוא וכ״כ המרדכי כפי׳ בש״פ הכותב בשם ספר הכך דנותנין לה תוס׳ ובשנושא ע״כ הרי שאע״פ שאבדה כתובתה גובה היא התוס׳ וא״כ מגו לגירושי הוא ובדכתבינן

ושמא תאמר דהתם איירי כשהבעל מודה שלא נתפרעה וכמ״ש בתשובות הגאון מהר״י קולון ז״ל בשרש קי״ט בשם רבינו יצחק בן הקן ראובן ז״ל אבל כשהבעל טוען פרעתי אינה גובה כלום ומוכרח לומר כן כי היכי דלא תיקשי להרא״ש והרב בעל הנורים ז״ל מדידהו לדידהו שהרי הם פוסקים דבאין כתובה בידה במקום שכותבין אפי׳ עיקר כתובה אינה גובה והיך יפסקו דגובה הכי תוס׳ אלא ודאי דכשהבעל מכחיש אפי׳ עיקר אינה גובה וכשאינו מכחיש גובה אפי׳ תוס׳ הא ליתא דנהי דלדברי הרא״ש ז״ל כך צ״ל מ״מ דברי ספר הכך שהביא המרדכי בזתם נאמרו ומשמע אפי׳ כשהבעל מכחיש ובפירוש כתב המרדכי ז״ל בסוף פרק הנגזלין ז״ל והביא פסק כר״נ דהטוען אחר מעשה ב״ד לא אמר כלום הפי׳ לא נקים כתובה וכן פסק הר״ם ז״ל הלכה למעשה וכל גאוני אשכנז ולאו דוקא מנה מאתים אלא אפי׳ נדוניא ותוס׳ ק׳ דינרים דה״ל עתה כב״ד של כהנים שהיו כותבין ד׳ מאות זוז וכתב הר׳ יצחק בר מנוח הכן עשו מעשה גדולי לרכת וכן כתבתי לעיל בפרק ה׳ וזהב בשם ספר רבן ראבי״ה ז״ל במשפטי הכתוב׳ ע״כ הרי דספר הכך מיירי בטוען פרעתי וכתב שכן סוברים כמה רבנים ועשו מעשה וכ״כ בהגהות מרדכי פי״ב דכתובות בשם הרב ך׳ מינאב ז״ל ובה״ג ז״ל ובעל העיטור ז״ל וכ״כ הגאון מהר״י קולון ז״ל בשרש י״ט וכן פסקו בתשובותיהם הרשב״ץ בתשובה כ״י ומהר״ם מטראני בח״ח סימן ק״ח וכיון דאיכא פלוגתא דסברי דאפי׳ במקום שכותבין ולא נקיטא כתובה בידה גובה תוס׳ ואע״פ שיש חולקים אין היורש נאמן לומר פרוע הוא בזמנו דאי בעי קלתי׳ דהוו במקום מחלוקת לא אמרי׳ והדרכתבינן

ולרווחא דמילתא אני אומר דאפי׳ לדברי הרא״ש והטור וש״פ ז״ל דסוברים דבמקום שכותבין ולא נקיטא כתובה בידיה אינה גובה אפי׳ עיקר כתובה היינו דוקא כשטוען הבעל פרעתי אחר גירושין הנ היורשים טוענין פרעתיה ליך אחר מיתה אבל אם הבעל טוען קודם גירושין פרעתי או היורשי׳ טוענין פרע אבינו בחיים בחייתו גובה הכל כפי כתובות קרובותיה דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים וא״כ בנדון דידן אם היורש טוען שפרעה הבעל בחיים חייהו לכ״ע אינו נאמן הכנס דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים

ואם טענת היורשי' היא שכרעוה הם והכי מסתבר גם זו
טענה שקרית היא דכיון דאחר שנשבעה הגבוה
כתובתה מה להם לפרוע שנית הא למה זה דומה למטל'
ואיתנהו בעינייהו או המייחד קרקע או מטלטלין לכתובת
אשתו דנוטלת בלא שבועה כדתנן בפרק אע״פ והטעם
דכיון דיחד לה קרקע או מטלטלין בכתובת' תו לא מתפים
פררי הכא נמי כיון שכבר פרעו הכתובה אנן סהדי שאינן
חוזרין לפרוע לה באופן שהדברים מוכיחין שהכל שקר
ובזו וכתב מורי הרב ז״ל בתשובותיו ח״א סימן ג' ובחי'
על הרי״ף ז״ל לקידושין דף ע״ד ע״א דהגו במקום שניכר
לכל שהוא משקר בטענה שאומר אע״פ דבטענת המגו אינו
ניכר דמשקר לא אמרינן

סופא דמילתא בהא סליקנא ובהא נחיתנא אין היורשי'
נאמנים לומר שכתובת אמם פרועה היא לרוב
לבנימין אפי' אית להו מגו גמור מגו דהשתא אף אם הנכסים
הם מטלטלין כ״ש אם הם קרקעות מכל הנהו טעמי דכתבי
ואף לב״ד הצדק שבמקום שנשאלה שאלה זו לשבר מתלעות
עול ולגעור ביורשים הללו ומשניהם ישליכו טרף דיתמי
דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו ומה גם שבנימין
הנז' בשאלה מכירו הייתי לשעבר היותו מיראי ה' וחושבי
שמו וגם הוא חכם דגמיר וסביר וכ״ש עתה דכל זמן
שמזקינין דעתם מיתוספת עליהם ומי לנו גדול מרבי יוסף
והיה אומר לא משגינא ריגא אבי סדיא עד דמהפכנא
בזכותיה דצורבא מרבנן וכ״ש בהיות הדין ברור לעזרתו
והמטים עקלקלותם יוליכם ה' את פועלי און ושלו' על דייני
ישראל הדנין דין אמת לאמתו הנלע״ד כתבתי הצעיר חיים
בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן ע״ג

אחד שהגעתי לפרק נגמר הדין עמד השואל ושאל
שבהיות בנימין מתקוטט עם היורשים שלו
משפט הירושה בנכסי הזקנה מטעם אנא מכח אבא דאבא
קא אתינא בזכו ונמרו ב״ד שבעיר שילך בנימין לקושט' להביא
דינו לפני החכמים השלמים שבקושט' וככל אשר יגזרו
יאמר יקבלו הם ולא אחר שבנימין לשמות הדבר הזה וילך
למסעיו לקושטא והביא בידו פסק מאחד מהחכמי' השלמים
שזכה בנימין במטלטלין מכח אנא מכח אבא דאבא קאתינא
אבל בקרקעות לא זכה בהם שהם בחזקת בעל רחל וראובן
בן רחל יורש אותם וגובה אלמנתו כתובתה ויהי כאשר בא
בנימין עם פסק הוראה זו שאל מהב״ד שיחזיקוהו במטל'
כפי פסק דין שבידו ואחר זמן יעשה חקירה אם נכנסו
הקרקעות ברשות הזקנ' וענו הב״ד ואמרו שלא היו רוצים
להחזיקו לא במטלטלין ולא בקרקעות אלא או יביא ראיה
שנכנסו הקרקעו' ברשו' הזקנ' ויחזיקו בכל הנכסי' ואם לא יביא
ראיה לא יחזיקוהו אפי' במטלטלין ובנימין היה צווח והיה
אומר שיחזיקוהו במטלטלין שזכה בהם מן הדין ואם ימצא
ראיה לקרקעות יורידוהו לקרקעות ואם לא ימצא יעמוד
הדבר על דין תורה והב״ד לא אבו שמוע ואמרו לו שיתנו
לו זמן ט״ו ימים על הדבר הזה עד שהוכרח בנימין להודות
לדברי הב״ד ונטל קנין שבתוך ט״ו ימים יחקור על הדבר
הזה וגם נשבע על זה והלך בנימין ודרש וחקר ולא מצא
ונטל חלקו מהמטלט' ועתה טוען בנימין שמה שעשה הב״ד
להכריחו שבתוך ט״ו ימים יחקור על הדבר הזה היה שלא
כדין ומה שהודה על דבריהם ונטל קנין ושבועה היה באונס
מפני שלא היו רוצים לתת לו המטלטלין ולכן הוכרח להודות
עמהם ועוד טוען שאפי' יאמרו הב״ד מה שלא היה שהקנין
והשבועה היתה שלא לערער עוד בדבר הו״ל קנין דברים
ולא הוי קנין וקנין אין כאן שבועה אין כאן ועוד שאפי'
אם היה הקנין שאם עד ט״ו ימים ימצא עדים או ראיה
הרי טוב ואם לאו אפי' ימצא אח״כ יהיו בטלים העיקר
דדינא הוי קנין בטעות שלא נתפרש ובטל קנין ושבועה
אלא מפני הפסק שבידו שהחליט המאמר שבקרקעות אין
לו שום זכות מפני שנתעלם לו להחכם המורה נר״ו סברת
הרא״ש ז״ל בטור ח״מ סי' ק״ח דלא אמרי' אי בעי קלתיה
אלא גבי שליש אבל עכשיו שנתגלה לו סברת הרא״ש ז״ל
ויכול לומר קים לי כהרא״ש ז״ל הוי קנין בטעות וכל קנין
בטעות חוזר יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ״ה •

תשובה היאמן כי יסופר על ב״ד הגוף יהרגו
רמיה בידם לעשו' חוקי ולהכריח לבנימין
הצדיק בדינו שיטול קנין ושבועה שאם לא ימצא ראיה
תוך ט״ו ימים יאבד זכיותיו שלא כדין זו רעה חולה גדולה
שבגזירות שבמקום שהיה להם להוציא לאור המשפט ולהציל
עשוק מיד עושקו נספו אל הרודף לרדוף את בנימין
ולהכריחו לעשות מה שלא יהיה חייב לעשו' מן הדין ובאמת
שאם הדברים כנים כמו שבאו בשאלה דיינא דחכלתא דייני
הכי ואין ספק שבנימין היה אנוס בדבר ואין לך אונס
גדול מזה שהדיין היה בעל ריבו שלא להורידו במטלטלין
כפי הפסק שבידו דאין כח ביד טובי העיר וגדולים לגזור
חרם לעבות כשרה וכמ״ש מהריב״ל ז״ל בח״ב סימן מ״ק
וכל זה כשהדבר מבואר ע״פ עדי' או ע״פ הודאה הב״ד אמנם
אם יש הכחשה ביניהם הא ודאי שהב״ד נאמנים ואם ראה
תראה בח״מ סימן כ״ג דהדיינים נאמנים יותר מהעדים
היינו דוקא במה שנוגע לענין הדין שדנו אבל הכא שהוא
חוץ מענין הדין אין עדיפות בדיינים יותר מהעדים כמ״ש
הרלנ״ח ז״ל בתשובותיו ח״ב סימן כ״ו והרב המובהק
כמהר״ר חייא רופא ז״ל בתשובותיו סימן כ״ד והא ודאי
נדון דידן חוץ מן הדין הוא כיון שבנימין לא היה מוכרח
להתפשר מחמת הדין ואם כי בדבר הזה עוד לאלוה מילין
לא אטפל עכשיו בזה כיון דבלאו הכי זכה בנימין בדינו
מהטענה אחרת שטוען דהוי קנין בטעות וכל קנין בטעות
חוזר וכמו שאבאר

והנה ראיתי לשואל שטען דכיון דקנין דברים הוא קנין
אין כאן שבועה אין כאן ונראה שכונתו
למ״ש מהריב״ל ז״ל בס״א כלל י״ב סימן ע״ו דהמחייב עצמו
בדבר שאינו קצוב ונשבע על זה הקנין אין כאן שבועה אין
כאן ויכול לומר קים לי כהרמב״ם ורבותיו ז״ל שסוברים
דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא קנה וקנין אין כאן
שבועה אין כאן וכן נראה הסכמת מהרי״ט ז״ל בתשובותיו
סימן רל״ה ושכ״ד אע״פ שבסימן ר״ך שינה את טעמו •

ואיברא שכן כתבו הרבנים הנז' אבל אשכחנא דרבנן
תקיפי טובא והם מהר״ם מטראני ז״ל בח״א
סימן א' ומהר״ם אלשיך ז״ל בתשובותיו סימן כ״ו והרשד״ם
ז״ל בחלק א״ה סימן קכ״א וחלק ח״מ סי' ל״ד ופ״ב ומהר״ך
ז״ל בתשובותיו הנוספות סימן ד' ובח״ג סי' ו' ול״ד ומ״ז
והרלנ״ח ז״ל בח״ב סימן מ״ז ומהרש״ח ז״ל בתשובה סי' ל'
בשמו ובשם מהרש״ד ז״ל ובסי' ל' ומורי הרב ז״ל בתשובה
ח״א סימן ס' ומהר״ב ישראל אדא ז״ל הובאו דבריו בספר
משפט צדק ח״א סימן ד' ובעל הספר בח״ב סימן ד' וכ״ב
ול״ו וכ״א וכן נראה מדברי מהר״א ששון ז״ל סימן ס״ד
כתבו דחייב לשלם מכח שבועתו

והן אמת שהארכתי במקום אחר שיכול המוחזק לומר קים
לי

לי כמהריב״ל ומיעתו ז״ל וכ״כ בעל משפט צדק ח״א סימן א׳ וכן נראה לדעת הרב מהר״א חסון ז״ל שם וכן מצאתי בתשובה כ״י להרא״ד״ב וכתבתי בתשובה אחרת דאע״ג דאין יכול המוחזק לומר קים לי במילתא דאיסורא בהך מילתא דפתיך בהדי דררא דממונא יכול לומר קים לי והרביתי ראיות לזה מ״מ סוגיין דעלמא אזלא דכופין אותו להשלי׳ שבועתו וכן עלתה הסכמתי במקום אחר ועיין בס״ג בספר כנה״ג חא״מ סי׳ ס׳ בהגהת ב״י אות מ״ח ועוד דאף הרב מהריב״ל ז״ל לא כתב דיכול המוחזק לומר קנין אין כאן שבועה אין כאן אלא בשקנה ונשבע בדבר שהוא פלוגתא דרבוותא אבל בדבר שמצד הדין הוא פשוט שאינו קונה כמקנה דבר שלב״ל וכיוצא בו ונשבע חייב להשלי׳ מכח שבועתו דכיון דהדבר פשוט דהמקנה דשב״ל לא קנה ודאי דהשבועה באה לחייבו מה שלא היה חייב מן הדין כמ״ש מהריב״ל ז״ל גופיה בש״א סימן ע״ו וכן חילק הרא״ר״ב ז״ל בתשובה כ״י ולפי זה בנ״ד דהוי קנין דפרים ולא קנה מצד הדין לכ״ע אם נשבע חייב לקיים שבועתו אפי׳ למהריב״ל ז״ל ואף לפי חילוקו של מורי הרב ז״ל בחלק י״ד סימן ב״א דכל שהמקח בטל מעיקרו כא שמכתא ושב״ל ונתחייב בדבר שאינו קצוב חייב להשלים מכח השבועה אבל כשהקנין נעשה כדין ושוב אתיליד רעותא הואיל והופקע הקנין הופקעה השבועה הכא בנ״ד חייב להשלים מכח שבועה דהמקח בטל מעיקרא כאסמכתא ושב״ל ומחייב עצמו בדבר שאינו קצוב

אך אמנם מה שטוען בנימין שקנין בטעות הוא וחוזר הא ודאי טענה מעלייתא היא דאע״ג דכתב הרב הנמקי בריש סנהדרין והביאו הרב ב״י בטור ח״מ סי׳ י״ב כתב בעל העיטו׳ דבתר קנין פשרה לא מצי חד טעין לחבריה דקנין בטעות הוא כו׳ ע״כ אינו ענין לנדון שלפנינו וכדון דידן דמי למ״ש הרמב״ם ז״ל בפ״ו מה״מ ובעל העיטו׳ בשם הרי״ף ז״ל והביאו הרב בעל הטורים ז״ל בח״מ סימן כ״ה דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה ועשה זה פשרה עם בעל דינו כדי שלא ישבע ואח״כ ידע שאינו חייב שבועה אע״פי שקנו מידו על הפשרה אינו כלום וכל קנין בטעות חוזר ע״כ וכדי לבאר ענין זה על מתכונתו ראיתי לבאת ולתת בדברי המדברים בענין זה בתשובותיהם ומשם נאירה הדין על מתכונתו באר היטב

וזה מצאתי לרב מהר״י הלוי ז״ל בתשובותיו סי׳ ע׳ כשאל על ראובן ושמעון שנפלו ביניהם ריבות והפרשיות ושמו דיינים ופשרו ביניהם שיתן ראובן לשמעון שבע מאות פרחים ועשו מחילה זה על זה בשטר והשיב הרב ז״ל לענין מה שטען ראובן שהיתה מחילה בטעות הדין עמו ובתוך דבריו כתב ולאו דוקא כשמחל לו בלא קבלת מעות על המחילה אלא אפילו שקבל מעות על המחילה כנדון דידן אי הוי בטעות הוי קנין בטעו׳ וחוזר והוכיח זה מדברי הגאון מהר״י קולון ז״ל בשרש קי״א ומדברי הרשב״א ז״ל בתשובה שהביא הרב ז״ל בב״י ח״מ סי׳ י״ב וכתב עוד שם ועל מה שטען שהיה אנוס כל שקבל מעות אינה כמתנ׳ דסגי בגילוי מילתא אלא שצריך למסור מודעא ויכירו באנסו ואתם דברין כלשון הזה ואיך שיהיה בנ״ד כיון שמחלו בשטר ושמו פשרני׳ מסתמ׳ קנו מידם בעת עמדם לפניהם לדין א״כ אפילו שלא כדין אין אחר המעשה כלום ע״כ ויש לתמוה עליו דאיך החליט המאמר דאין אחר המעשה כלום וזיכה לשמעון וחייב לראובן דכהי דמצד הטענה שהיה טוען ראובן שהיה אנוס לא זכה בדינו כיון שקבל מעות מ״מ מצד הטענה האחרת דהוי קנין בטעות זכה אע״פי שקבל מעות כמו שכתב הוא עצמו ז״ל ואולי מה שהסכים הוא ז״ל לזכותו מצד הטענה שטוען קנין

בטעות הוא וחוזר הוא דוקא קודם ראותו תשובת הרשב״א שהביא הרש״ד״ס בח״מ סי׳ס״ג דאם קבל ממון לא הויא מחילה אבל אחר שנתגלה לו תשובה זו שאומרת דכל שקבל מעות לא הויא מחילה והיא הפך התשובה שהביא הרב ז״ל בב״י הסכים דבנדון שלו שקבל מעות על המחילה אין אחר המעשה כלום ולפי זה בנדון דידן שלא קבל מעות על המחילה שהרי המטלטלין בלאו הכי היו שלו מן הדין אפילו לפי הוראת החכם המורה נר״ו כמשא שמחילת הקרקעות בלא כסף ובלא מחיר ואפילו לדעת הרב ז״ל קנין בטעות הוא וחוזר •

ולבי ראה וחשב דרך אחרת לתרץ דברי מהר״י הלוי ז״ל והוא זה דכל מה שכתב ונתן תחלה דהויא מחילה בטעות היינו בלא קנין אבל בקנין אין אחר המעשה כלום ולפי זה בנ״ד דהיה קנין בדבר לדעת הרב ז״ל אין אחר המעשה כלום ואין בנימין יכול לחזור בו וזה נראה דעת הרבנים הגדולים כמהר״ר אהרן חסון ז״ל בחתימתו על דברי מהר״י הלוי ז״ל והרש״ד״ס ז״ל בתשובותיו חלק ח״מ סי׳ קי״ז וחד דעמיה כמבואר בדבריהם שם ולא העתקתי לשונם לאורך הקיצור אמנם במעט עיון יתבאר דבנ״ד לכ״ע אפילו לרבנים הנז׳ אפילו אחר קנין הוי קנין בטעות וחוזר דע״כ לא קאמרי הרבנים הנז׳ דבתר קנין פשרה אינו יכול לטעון קנין בטעות אלא כשעשה הפשרה והקנין קודם ידע הבע״ד להיכן דעת הדיין נוטה אבל לאחר שידע הבע״ד להיכן דעת הדיין נוטה לזכות או לחובה ועשה פשרה ונטל קנין ואח״כ ידע הבע״ד שהדיין טעה בדין וטען שבשביל כך עשה פשרה ונטל קנין הא ודאי קנין בטעות הוא והוזר הא זרכא שמוכיח הוא שבשביל שראה שהדיין מחייבו עשה פשרה ותדע שכן הוא שהרי הרבנים הנז׳ נתנו טעם לשלא יוכל לטעון אחר קנין פשרה קנין בטעות דאל״כ לא כמלא קנין פשרה בעולם דמ״נ הדין עם אחד מהם ונמצא שנטל קנין בטעות שאם היה יודע שהדין כמותו לא היה נוטל קנין דלאו בשופטני עסקינן דמאבדין ממונן לדעת הלא מאי אית לך למימר שאפילו שהדין כאחד מהם כל אחד חושש אולי לא יבא זכאי בדין ומשתעבד כפשיה ויות׳ נקל לתלו׳ שמשתעבד על כך ממה שטעה בדין ע״כ וזה לא שייך בשחייבו הדיין וע״ז נטל קנין על הפשרה דמשכחת קנין על הפשרה דעדיין לא גילה הדיין דעתו כמו שהוא דין פשוט דאין הדיין רשאי לעשות פשרה אלא קודם שידע היכן הדין נוטה ומה אאריך עוד בזה והדברים מוכרחים לומר כן שבעל העיטור כתב דאין אחר קנין פשרה כלום והרי״ף והרמב״ם ז״ל כתבו שדיין שטעה וחייב שבועה כו׳ אע״פי שקנו מידו קנין בטעות הוא והוזר ולכאורה הוו תרתי דסתרן אהדדי והפוסקי׳ כתבו לפסק הלכה שתים הנה אלא שהדבר ברור דבעל העיטור מיירי כשהדיין לא גילה דעתו בדין והרי״ף והרמב״ם ז״ל מדברים כשגילה הדיין דעתו וכמ״ש הרש״ד״ס ז״ל וחד דעמיה בסי׳ הנז׳ וזה פשוט ומבואר ולא היה צריך לכתבו לרוב פשיטותו והמעיין בתשובות הנז׳ יראה הדבר מבואר בתכלית הביאור כמ״ש

ומצאתי בתשובה למהר״ם מטראני ז״ל ח״א סימן ש״ט שאל על ראובן ושמעון שהיה ביניהם דין ודברים ולקחו שני חכמים לדיינים ודנו שמשון פטור מכל וכל וחייבו לראובן וכתבו׳ בסוף הפסק כי לא היו סומכים על מה שפסקו אם לא יסכים ויחתום רב אחד מפורסם באותו הגליל ואותו הרב ראה הפסק ולא חתם בו ואמר שלא היה רוצה ליטפל בענין וכראו׳ ראובן החייב שהיה ספק בפסק השתדל לעשות פשרה ושוב ידע שהיה הדין עמו שלא כפסק החכמי׳ וטען שקנין בטעות היה והשיב הרב ז״ל שהפשרה בטלה כדברי ראובן שהיתה בטעות שהשבו שלא היה דין לראובן

כו' וכ"כ גם בסי' ב"י וכן הסכים רבינו הרב מהר"י קארו ז"ל בתשובות השייכות לא"ה דכ"א ע"ב ומשתוא קנין היה בדבר דהלכה רווחת דפשרה צריכה קנין וגם מסברת מהר"א ששון ז"ל בנדון שלנו וכן נראה ברור מתשובות ז"ל דנקטי שלשתם קנין בטעות חוזר ואפ"ה כתבו דפשרה בטעות הוא וחוזר מפני האומדנא דמוכח דראובן לא עשה פשרה ובטל קנין אלא בחשבו שהיה חייב מן הדין כפסק החכמים ולפי זה בנדון שלנו שטוען בנימין שמפני שהחכם המורה נר"ו פסק דאין לו זכות בקרקעות נתפשר עם היורשים ובטל קנין ושבועה ועכשיו שנודע לו שהחכם הפוסק נר"ו לא צדק במאמרו חוזר בו מפני שהיה קנין בטעות הדין עמו והפשרה בטלה וחוזר הדבר לדין התורה ועדיפא מנדון דידן מנדון הרבנים הנז' דבנדון הרבנים שהטילו תנאי החכמים המחייבים לראובן שאם לא יסכי' רב פי' עמהם אינם סומכי' על דעתם והר"ב הנז' ראה הפסק ולא חתם בו עדיין היה ספק בדבר ואע"פי כן כתבו הרבנים הנז' דהוי קנין בטעות כ"ש בנדון שלנו שחשב בנימין שלא היה ספק בדברי החכם הגדול המורה הראשון

ונראה לע"ד שהרשב"ש ז"ל בהלכה ח"מ סי' קי"ו והד ועמי' והרב מהר"א ששון ז"ל ומהר"י הלוי ז"ל בתשובה סי' ע' חולקים עם הרבנים מהר"י קארו ומהר"ם מטראני ז"ל בנדון שלהם שהם ז"ל כתבו דהטעם דבתר קנין פשרה לא מהני טעין קנין בטעות הוא משום דכיון דכל אחד חושש אולי לא יזכה בדין גמר ומקני וא"כ בנדון הרבנים שעדיין היה ספק בדין לא מהני טענין קנין בטעות אם לא שנאמר דלא מקרי ספק בדין כיון דלא התנו החכמים שאם לא יחתום אותו הרב יהיו דבריהם בטלים ומ"מ אפילו דנימא דפליגי לענין הלכה אין ספק שראוי לתפוס כמהר"י קארו וכמהר"ם מטראני ז"ל שהם ז"ל היו גדולים ומפורסמי בהוראה ובפרט רבן של ישראל מהר"י קארו ז"ל שעליו סומכי בכל תפוצות הגולה כאן וראה מ"ש הרא"נח ז"ל בתשובותיו ח"א סי' קי"ט על הרב ז"ל וכבר נתקבל הרב ז"ל עלינו לרב ללכת אחר הוראותיו ע"כ ואם על דבריו בחבור שהיה טרוד בפירוש דברי הטור ולאסוף כל הסברות כתב כן כ"ש על דבריו בתשו' שהם הלכה למעשה לודאי דקדק בהם הרבה וכמ"ש מהרי"ל ז"ל בתשובה סי' ע"ו ואע"פי שהר"י בן הרא"ש ז"ל והבאים אחריו כתבו שיותר יש לסמוך על הרא"ש בפסקיו מבתשובותיו אינו ענין לזה כלל דהתם הוא שהרא"ש ז"ל שותר מפסקיו לתשובותיו אבל כאן כו שותר מפסקיו לתשובותיו ואי דאין הפרש בין הפסקים לתשובות ועוד שהר"י בן הרא"ש ז"ל נתן הטעם מפני שהפסקים היו אחרונים אבל תשובות הרב ז"ל שברור לנו שהיו אחרונות רובן שפעמים רבות מזכיר חבורו בתשובותיו אחרו התשובות להיות כפסקים וראוי לפסוק כתשובה

ואין לומר בזה הלכה כבתראי דלא אמרינן הכי אלא כשדברי הראשונים ז"ל באו על ספר מפורסם וידוע אבל מה שנמצא כתוב בתשובת גאון ז"ל ולא עלה זכרונו על ספר ידוע אפילו שימצא פוסק אחרון שיפסוק הפך הגאון הקודם לו איכא למימר דילמא לא שמיע ליה לפוסק האחרון דבריו ואי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה וכן תפסו כל האחרונים ובנדון שלנו הדבר ברור שתשובת מהר"י קארו ומהר"ם מטראני ז"ל לא נתגלו בימי הרשב"ש ומהר"א ששון ז"ל וכל זה אינו ענין לנדון שלפנינו דבנדון שלפנינו כ"ע מודו כיון דלא היה ספק בדין בשעה שעשה בנימין הפשרה מעתה אין צורך להאריך ולבאר שנאמן בנימין לומר שמפני פסק החכם המורה הראשון נתפשר דבכל תשובות הרבנים ז"ל שהזכרתי בא הדבר שאין צורך לטר"כל שטוען שמפני כך

נתפשר אדרבא דמוכח הוא דבשביל פסק הדיינין נתפשר ולאו דוקא וכ"כ הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ך' והרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן קי"ו ועיין במהריב"ל מ"כ סי' ע"ג ובהרב"ך ח"ג סימן מ"ו ובמהר"י הלוי ז"ל סי' ס"ו וכ"כ מהר"ם אלשיך ז"ל בסימן י"ד יע"ש

ומאחר להוכחנו דכ"ד הוי קנין בטעות וחוזר מילתא דכשיטא היא דאף השבועה שנשבע בנימין שבועה בטעות הוא ולית כאן שבועה דכל טעות חוזר מה לי קנין מה לי שבועה וכ"כ מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן קכ"ח ומהרשד"ם ז"ל חלק י"ד סי' ק"א וחלק ח"מ סי' ל"א ומ"ד ומהר"י אדרבי ז"ל סי' פ"א ומהרש"ך ח"א סימן קכ"ט וח"ב סימן ק"ד

מעתה ומעכשיו נשאר לנו לברר אם מה שפסק החכם המורה הראשון נר"ו דלא זכה בנימין בקרקעות אם נקרא טעות לשוייה קנין ושבועת בנימין קנין ושבועה בטעות כתב הרא"ש ז"ל בפ"א מדיני ממונות ואם לא ידע הדיין במחלוקת הגדולים ואח"כ נודע לו ואינו בר הכי שיכול להכריע או שאינו יודע להכריע אם נראין כדברי הראשון לרוב החכמים אם הוא עבר כאידך היינו שקול הדעת כו' ע"כ וראוי שתדע כי כל מ"ש בח"מ סי' כ"ה ובתשובות המדברים בענין זה חוקי דינים בענין טעה בשקול הדעת גם מה שכתב רבינו הגדול מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סימן ס"ב ור"פ דבדבר שאין בו מחלוקת ולא סוגיא דעלמא אזיל כחד מנייהו וכתב אנא א' דלא דמי לנדון כוסק פ' או הגם פי' אע"כי שרבים חלוקים עליו קם דינא אינו ענין לנדון שלפנינו דהתם היינו לענין אם יחזור הדיין או קם דינא אבל בנ' ונ' שלנו שלא באנו עכשיו לומר אם קם דינא של החכם הפוסק א' לא קם דינא אלא על עיסקי קנין ושבועה באנו כל שיש לתלות שמפני פסק החכם נתפשר וגנל קנין ושבו' הוי קנין ושבועה בטעות וחוזר ובנדון מהר"ם מטראני ז"ל אין אנו צריכין לזה דבנדון הרב ז"ל לא נעלם ממנו תשובת הרא"ש ז"ל אלא שחילק בין תשובת הרא"ש ז"ל לנדון שלו אבל בנ"ד שנתעלם להחכם הפוסק נר"ו תשובת הרא"ש ז"ל שבטור ח"מ סי' ק"ח הוי כטועה בדבר משנה ואפי' בירושלמי שכתיו לחלק בין נ"ד לנדון הרא"ש ז"ל כל שאינו מביא ראיה מי ובלת להאמי דורו להלק אין שומעין לו וכמ"ש הרא"ש ז"ל בפ"א דיני ממונות ועיין בתשובת הרב מהר"ר בצלאל ז"ל

סימן א'

והיה נ"ל לומר עוד דלא אמרו דבדבר שנחלקו הרי תנאי או תרי אמוראי דהוי כטועה בשקול הדעת וכתב מהר"ם מטראני ז"ל בח"א סימן ס"ב דלדידן אפי' גאונים ופוסקי' אחרונים הוו כתנאי' ואמוראי' אלא בדורו הראשוני' שלא היה לה"ג הקים לי אבל עכשיו בזמנינו זה שנתפשט הקים לי נראה דכל דיין שמוציא ממון מהמוחזק שיכול לומר קים לי טועה בדבר משנה וחוזר וכן מצאתי להרדב"ז בתשו' הנדפסות מחדש סי' כ"ד בדיין שדן בממון המוטל בספק להוציא מיד המוחזק ולומר דיחלוקו דהוי כטועה בדבר משנה וחוזר אלא שמצאתי למהר"א ששון ז"ל בתשובותיו סי' ר"ז כתב במילתא דיכול המוחזק לומר קים לי אם דן הדיין להפך צריך להתישב אם דינו דין וכתב שמדברי התוס' בפרק חזקת הבתים דף ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא כותיה דרב יוסף באראתא כן שכתבו ועוד דהלכתא משמע דלגמרי פוסק כרבה ולא מספק אפי' עבד בדיעבד כרב יוסף לא עבד ע"כ נראה שכל שהדבר ספק אע"כי שהאחד פוסק אם דן הדיין בהפך מה שעשה עשוי וכן מצאתי להרב הרא"ר"ב ז"ל בתשובה כ"י סי' קע"ח ויש לי ספק בזה דדילמא לא אמרינן מה שעשה עשוי אלא דוקא בספק שקול כההיא דפ' חזקת

וכ"ש היכא דאיכא דרובא דרבוותא סברי כמו שדן הדיין אבל אם רובא דרבוותא סברי שלא כמו שדן הדיין אי נימא כיון שיש לו שנים או ג' פוסקים לסמוך עליהם קם דינא או דילמא הדר דינא ונראה לי דקם דינא וראיה לזה מהא דאמרינן בשבועות בפרק כל הנשבעין שלה דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דאע"ג דרב ושמואל סברי דאין אדם מוריש שבועה לבניו ולא מפקינן מיורשי לוה ר"א סובר דמפקינן מיורשי לוה ומסקינן שם דדיינא דעבד כרב ושמואל עבד ודיינא דעבד כר"א עבד הרי דאע"פי דרב ושמואל הוו רבים לגבי ר"א אם דן הדיין והוציא הממון מן היתומים כר"א עבד וכדי שלא יחלוק הרדב"ז ז"ל על זה נאמר דלא כתב הרדב"ז ז"ל כן אלא בממון המוטל בספק במציאות אבל ממון המוטל בספק בפלוגתא דרבוותא יודה הרדב"ז ז"ל דקם דינא וכ"ל עוד ראיה בזה ממ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' כ"ה ס"ו כתב הרמ"ה דיינא דלא הספיק השובע לאפוקי מיניה דנשבע עד דאתברר דטעה כו' הדר דינא ע"כ ומשמע דוקא דלא הספיק תובע לאפוקי מיניה הא אפיק מיניה קם דינא ועוד טריף טעלת קים לי מהיכא דטעה בשקול הדעת כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי ולא איתמר לא כמר ולא כמר ואקרי ועבד כחד מינייהו ושוגיא דעלמא אזלא כאידך ולא הכי למהדר דינא משום דיימר כמ"ד למימר דטעמא בתרא עיקר ולא כטעמא וכדאיתא בפ"א דיני ממונות

אבל מצאתי למהרש"ך ז"ל בח"ג סימן פ"ט כתב דבמילת' דיכול המוחזק לומר קים לי ודן הדיין להפך לא הפסיד חזקתו ואיכפר דלא קשיא עליה דרב מדברי הרמ"ה שדברי הרמ"ה הם שטעה הדיין ואמ' לכתב' שיבל' לתובע ועל פי הדיין שטעה שלם ולכך קם דינא ולא הדר דינא אבל כדון מהרש"ך ז"ל לאו הכי הוי שהדיין לא טעה ואמר שיפרע לזה הממון רק המשכון שהוציא שהיה בידו ואמר לו הוצא המשכונו' מידך ותן אותם לבעליו ואח"כ תעמוד לדין למה שיגזור הדיין שם כתב מהרש"ך ז"ל דהדר דינא ויחזיר המשכון ביד מי שהוא קמא בידו ואח"כ ידינוהו כמו מוחזק

ומצאתי בתוס' פ' המוכר את הבית דס"ה ע"ב ד"ה אתמ' להאי גיסא כו' כתבו התו' בסוף הדבור וז"ל היכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד ואי מספקא ליה לדיין כמאן הלכתא המע"ה ע"כ ולכאורה איכא למידק מהכא דס"ל להתו' דדוקא היכא דס"ל לדיין כחד מינייהו ועבד מאי דעבד עבד אבל אי לא ס"ל כחד מינייהו אלא שהוא מסופק בדבר מאי דעבד לא עבד כלום והא ליתא דא"כ מאי ראיה מייתי מפ' כל הנשבעין דאמרינן והתם דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר הלכתא דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד דהתם בסתמא אתמר ומשמע והאי דאפי' דלא ס"ל כחד מינייהו והוא מסופק בדבר ועוד אם התוס' ס"ל דהיכא דלא ס"ל כחד מינייהו מאי דעבד לא עבד כלום לא הו"ל למימר ואי מספקא ליה כמאן הלכתא המע"ה אלא כך הי"ל ואם מספקא ליה כמאן מאי דעבד לא עבד אלא והאי אין כונת התוס' לחלק בין ס"ל כחד מינייהו להיכא דלא ס"ל כחד מינייהו והוא מסופק דבין הכי ובין הכי מאי דעבד עבד אלא שכתבו התוס' בתחלה וס"ל כחד מינייהו לומר דמסתמ' זה הדיין לא היה מוציא מזו ונותן לזה אלא מפני שהיה סובר כחד מינייהו אבל כשהוא מסופק בדבר מסתמא אינו מוציא מזה ונותן לזה אלא הוא יושב בשב ואל תעשה ואומ' המע"ה (הגה"ה אחר זמן רב באו לידי קצת תשו' כ"י מהרב החסיד כמה"ר אברהם מוטל

וראיתי בתשובה אחת חילק בין דברי מהרש"ך ז"ל לדברי הרמ"ה ז"ל כמו שחילקתי אלא שדבריו באותה תשובה הם תמוהים וכמ"ש בס' כנסת הגדולה ממהדורא שניה חלק ח"מ סי' כ"ה בהגהת ב"י אות י"ח ע"כ ההגה"ה) באופן דלכ"ע קם דינ' ולא זכה בנימין מטעם זה אמנם מאחר הטעמים שררין וקיימין זכה בדינו

כללן של דברים נתנו את בנימין שערי תורה שערי הכלה לזכותו בדינו בין בשאלה הראשונה בין בשנייה כמו שהוכחתי אליבא דכ"ע הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ע"ד

איזמיר טבת התכ"א לידיד נפשי כגון ונעלה ה"ר שבה אלגראנאטי בכ"ר אברהם אלגראנאטי נר"ו

שאלה ראובן נפטר לבית עולמו הצדיק מהאלי המנכה וחיי לרבנן שבק והניח אלמנה ויתומים גדולים וקטנים ואחר מותו הוציא שמעון כתב יד מראובן הנפטר איך הוא חייב לו מאתים וחמשים גרוש' לפרוע לו חמשים גרוש' בכל שנה חדשים וזמן הפרעונות מהם עברו קודם מיתת ראובן ומהם לא עברו אחר מיתת ראובן יורינו מורינו ורבינו אם יש מקום לשמעון ליפרע מנכסי ראובן מכח הכתב יד ושכמ"ה

תשובה עיקרא דהאי מילתא בערכין פרק שום היתומים אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים מ"ט אמר רב פפא פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו רב הונא בריה דרב יהושע אמר כררי אתפסי מאי ביפייהו איכא בינייהו שחייב מודה אי נמי שמתוהו ומית בשמתיה דלרב פפא כיון דלאו בני מעבד מצוה נינהו אין נזקקין ולרב הונא דסבר מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אלא דחיישינן לצררי כיון דליכא למיחש לצררי נזקקין ואסיקנא שם והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע באופן דאם חייב מודה או שמתוהו ומת בשמתיה נפרעין אפי' מיתומים קטנים לרב הונא בריה דר' יהושע וראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"א מה"מ ולטור בח"מ סימן ק"ח הכניסו ג"כ דאם היתה הלואה לזמן דנפרעין מטעם דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו והוא ממה שאמרו בפ"ק דב"ב והלכתא כר"ל ואפי' מיתמי פירוש דבהלואה תוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי ואפי' מיתמי נפרעין מהם מלוה תוך זמנו כיון דהוא אינו נאמן לומר פרעתי אף אנן לא טענינן שפרע אביהם ומיהו ביתומים קטנים איכא פלוגתא ביני רבוותא אי א דתוך זמנו אפי' מיתומים קטנים גבי והם הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והרא"ש והרב בעל הטורים והר"ן ורבינו ירוחם בנכ"ו ח"ג והרב הנמקי ז"ל בריש בתרא ובעה"ת והגהות מיימוניות בשם רשב"א ז"ל והמרדכי בריש בתרא בשם ר"י ור"ת הכהן ורבינו ברוך ור"מ בר מרדכי ובעל משפטי שמואל שכתב בסימן קכ"ו דהמרדכי ס"ל כרבינו יונה דביתומים אין נזקקין לנכסיהם אפי' תוך הזמן לא ידענא מה אידון ביה דהמרדכי בפירוש ס"ל דתוך זמן נזקקין אפי' ביתומים קטנים וכ"כ מהר"י אירבי ז"ל בסימן פ"ט והרי"ף ז"ל אין בדבריו הוכח' כמאן ס"ל שהוא שברא סוגיית הגמרא כמו שהיא אמר ר"ל ואפי' מיתמי ומה שרצו מהרשד"ם בחלק ח"מ סימן תנ"ד ובעל משפט צדק בח"ב סימן ל' לומ' דכמו שהבריאו המפרשים מדעת הרמב"ם ז"ל דס"ל כהרא"ש וזיעתו מרקתם וכתב גובה מן היתומים ולא פי' מיתומים גדולים והאי דס"ל אפי' מיתומים קטנים מזה הטעם ג"כ

גרסה

נראה שהוא ג"כ דעת הרי"ף שכתב והלכתא כר"ל ואפי' מיתמי ולא פי' שמע בין מגדולים בין מקטנים

אמר המחילה אין זה כדאי להוכיח שדעת הרי"ף כן דבשלמא בהרמב"ם ז"ל דאינו מעתיק משם לשון הגמרא אלא העניין יש לדקדק שכן דעתו מדלא פי' אבל הרי"ף ז"ל שדרכו להעתיק לדברי הגמרא אין להכריח מדלא פירש ס"ל דאין חילוק דהוא ז"ל העתיק לשון הגמרא ומה שנפרש בדברי הגמרא נפרש בדבריו ואם באנו לדקדק מדבריו כ"ל לדקדק ההפך דס"ל כרבינו יונה ז"ל דביתומים קטנים אין גובין אפי' תוך זמן שהרי העתיק לשון הגמרא דקאמר והלכתא כר"ל ואפי' מיתמי ואע"ג דאמר מר הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה חזקה לא פרע איניש גו זמניה ואם איתא דמיירי ביתומים קטנים ה"ל למימר ואע"ג דאמר מר אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם דמכאן דקדקו הסוברים דביתומים קטנים לא גבי אפי' תוך זמן מדלא קאמר הכי והזכירו התוס' והרמב"ן ז"ל בחידושיו ובע"הת בשער י"ד והרא"ש ז"ל ושאר המפרשים ליישב זה אליבא דמ"ד דאפי' מיתומים גבי אבל האמת הוא דמדברי הרי"ף ז"ל ליכא למשמע לאיזה סברא נוטה שהוא ז"ל העתיק לשון הגמרא כמנהגו ומה שנפרש בגמרא נפרש בדבריו

אבל ה"ה ז"ל והר"ן ז"ל וספר התרומות בשם י"א והרא"ש בשם ה"ר יונה והגהות אשירי בפ"ק דבתרא וכן נראה מדברי התוס' כמ"ש הרב ז"ל בב"י סי' ע"ח ומהריב"ל ז"ל בס"ג סימן ל"ה ומהר"י אדרבי ז"ל בסימן פ"ט והרא"נ"ח ז"ל בח"א סימן ט"ו וספר משפט צדק ח"ב סי' נ' כתבו כן בפשוט בשם התוס' ז"ל דלא אמר ר"ל ואפי' מיתמי אלא ביתומים גדולים אבל ביתומי' קטנים אפי' תוך זמן לא גבי והב"ח בח"מ סימן ע"ח יחס סברא זו להרמב"ם בפה"מ דף ל"ג ב"ה וכי גדלי יתמי כו' שסיים וה"מ שיש עדים שהלוהו וישבע שלא פרעו ויטול ע"כ וכתב הב"ח אלמא דאפי' מת תוך זמן לא גבי מקטנים בלא שבועה ע"כ

ולא זכיתי להבין מאין ולאין פשיטא ליה להרמב"ם ז"ל מיירי במת תוך זמן ולא במת אחר זמן ואי מדכתי' ישבע ויטול מוכח דבמלוה תוך זמנו איירי מדקאמר ישבע ויטול דאי אחר זמן אינו נוטל בשבועה אפשר דלא פירש כן הרמב"ם אלא לדברי אביי שסובר דלא אמרינן חזקה לא עביד איניש לפרע גו זמניה כדאיתא בפ"ק דבתרא אביי ורבא דאמרי תרוייהו עביד איניש לפרע גו זמניה והכא בפרק חזקת הבתים אביי הוא דקאמר לרבה בר שרשום וכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו ועלה פירש הרמב"ם מה שפירש

ואיכא למימר הרמב"ם ז"ל פירש כן לפי דברי אביי אבל לפי דברי ר"ל דהלכה כמותו דאית ליה חזקה לא פרע איניש גו זמניה נפרעין אפי' מן הקטנים תוך זמן וכן יש להוכיח מדברי הרמב"ם עלה דר"ל דאמר אפילו מיתמי שכתב ז"ל ואפי' מיתמי אם מת הלוה תוך זמנו גובה חובו מן היתומים בלא שבועה ומדלא פירש דדוקא ביתומים גדולים שכן דרכו של רמב"ם לפרש הדברי' ולא לסתום משמע דלא שנא יתומים גדולים ל"ש יתומים קטנים תוך זמן נפרעין מהם וכדרך שדקדקו המפרשים מדברי הרמב"ם ז"ל •

ראיתי למהריב"ל ח"א דף נ' ע"ג כתב וצריך לעיין איך לא חשש הרא"ש ז"ל לתרץ קושיא חזקה שיש בסברת רבינו יצחק ז"ל וכסברתו והיא דאמרינן התם בערכין

מאי בינייהו בין רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע איכא בינייהו כשחייב מודה אי נמי דשמתוהו ומת בשמתיה ואמאי לא קאמר דאיכא בינייהו כשמלוה מת תוך הזמן א"א ואי דלכאורה כהרב רבינו יונה דאע"ג דלא עביד איניש לפרע גו זימניה עביד איניש דמתפיס כררי גו זמניה •

ולכאורה נראה דאישתמטתיה לרב ז"ל מה שתירצו התוס' בפ"ק דבתרא והרמב"ן ז"ל בחידושיו שם ובע"הת שער י"ד לקושיא זו וכן תמה עליו מהר"ש קלעי ז"ל הובאו דבריו בספר פליטת ב"י סימן ב' ולא ניחא לן שנאמר על מריה דגמרא דנתעלמו לו דברי התוס' ומה גם דמהריב"ל ז"ל עצמו בספר ג' הביא דברי התוס'

ואומר אני דחס ליה למהריב"ל ז"ל שנתעלמו דברי התוס' ז"ל אלא כונת הרב ז"ל שם להקשות על הרא"ש ז"ל כי היכי דהביא כל טענות רבינו יונה ז"ל לקיום סברתו וישבם הרא"ש ז"ל לפי דעתו כך ג"כ היה לו להביא טענה זו וליישבה זה נראה כונת הרב ז"ל בלי ספק •

(הגה"ה ומכאן תראה שאף אני בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ק"ח בהגהת הטור אות ז' הבאתי דברי מהרי"בל כמו שהביא' מהר"ש קלעי ז"ל והנכון כמ"ש כאן ע"כ ההגה"ה)

ולבעל התרומות בשער י"ד ח"א ראיתי בזה דברים כפולים שהוא ז"ל כתב בסימן י"ג ועתה נחזור לפרש המקומות שנזקקין ומכריחין אותם לפרוע חוב אביהם והם ג' דרכים אם מת תוך זמן דקי"ל כריש לקיש דאמר לא עביד איניש דפרע גו זימניה ה"ל כשחייב מודה אי נמי שמתוהו ומית בגו שמתיה או שחייב מודה וכו' בהא גובה אפי' מקטנים ובלא שבועה והא דלא אמרינן בגמ' איכא בינייהו כשחייב מוד' אי נמי שמתיה ואי נמי תוך זמן משום דהיא שמעתתא דרב פפא ורב הונא בריה דרבי יהושע כו' ועוד בש"ע זה כתב ויש שהורו שאינו גובה מיתומים קטנים כשמת תוך זמן אפי' בשבועה וחזי לה מההיא דערכין ומההיא דגט פשוט דאמרינן איכא בינייהו דשמתוהו ומית בשמתי' א"נ בשחייב מודה ולא נקט דמית גו זימניה ומסתברא דחדא מינייהו נקט וה"ה לאחריני ע"כ ומלבד דכבר נרגש מזה לעיל ושני הישובים מחולקים דלעיל כתב דלא מצי למימר הכי משום דההוא סוגיא כרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע כתי' התוס' והרמב"ן וכאן כתב דחדא מינייהו נקט וה"ה לאחריני ועיין בחידושי הרמב"ן ז"ל בפ' השותפין

ולענין הלכה הרב ז"ל בב"י חלק ח"מ סימן ע"ח כתב וכיון דהרמב"ם ז"ל וכל הני רבוותא הסכימים לדעת אחד הכי נקטינן וכן פסק הב"ח וכן פסקו הרלנ"ח ז"ל בסימן קי"ו ומהריב"ל בס"ג סימן ל"ה והרשד"ם חלק ח"מ סימן קכ"ח ור"ב ותנ"ד ומהרש"ך ח"ב סימן קי"ז והרא"נ"ח ז"ל ח"א סימן ט"ו ומהר"י אדרבי ז"ל סימן פ"ט ומשפט צדק ח"ב סימן ל' וכתבו מהריב"ל ומהרשד"ם ז"ל גם דאין המוחזק יכול לומר קי"ל • ותמה אני למה כיון דהי"א שהביאו הרב בעל התרומות והר"ן וה"ה והתו' והר' יונה והגהות אשירי סוברים דביתומים קטנים אין נפרעין מהם תוך זמן כמ"ש והיה כ"ל לתרץ זה עם קושי' אחר שנתקשו' כיון שדעת התוס' כדעת הר' יונה ז"ל דביתומי' קטנים אין גובין אפי' תוך זמן למה לא הזכירו ה"ה והר"ן סברא זו בשם התוס' אלא שהזכירוהו בשם י"א ואפי' תימא דה"ה ז"ל והר"ן ז"ל ובעל התרומות ז"ל כיונו על התוס' למה זה הרא"ש ז"ל כתב כן בשם הר' יונה ז"ל ולא בשם התוס' ז"ל

ולכן אני אומר דהרבנים הנז' הבינו שאין מי שיעמוד בסברא זו כי אם רבינו יונה והאיכא מ"ד שכתבו

בעל התרומות וה"ה והר"ן ז"ל הוא על רבינו יונה ז"ל דאינו ר"ן שבעל התרומות יביא סברת הר' יונה שהרי הוא מזכיר תמיד בספרו להרמב"ן ז"ל ורבינו יונה ז"ל והרמב"ן ז"ל היו בזמן אחד ונלפי נראה הר' יונה קדים מהרמב"ן ז"ל שבתשובות להרמב"ן ז"ל סימן רפ"ד על ענין הפלגש כתב הרמב"ן לרבינו יונה ז"ל א"ש אלהים קדוש הוא הרב החסיד ר' יונה ז"ל וכן בכל התשובה כותב לו דרך כבוד כמי שכותב למי שגדול ממנו ורבינו יונה כתב להרמב"ן ז"ל על מה שהיה מתעסק ברפואות נכרית שתלד תבא עליך ברכה שאתה מרבה זרעו של עמלק גם הרשב"א ז"ל כשכותב שום תשובה בשם רבינו יונה ז"ל ברוב הפעמים מכנהו בשם מורי הרב ז"ל סתם ואלו להרמב"ן אומר מורי הרמב"ן לכן אפשר דבעה"ת וה"ה והר"ן ממקור א' באים והוא ר' יונה ז"ל כמו שהזכירו הרא"ש ז"ל בפי' אבל התוס' אין הכרח בדבריהם שסוברים כן לענין הלכה אלא שכונתם להביא המקומות שמהם יש להוכיח דאפי' תוך זמן ביתומים קטנים לא גבי אבל לענין הלכה סוברים דגבי אפי' מיתומים קטנים ומה גם להדי התו' על ר"י ור"ת הוטבעו כמ"ש הר' משפטי שמואל סימן קכ"ו ושמענו להרא"ש ז"ל בתשובה ולמרדכי כותבים בשם ר"י ז"ל דס"ל כסברת האומרים דאפי' מיתומים קטנים גבי ועוד דהתוס' ז"ל ישבו כל המקומות שהיה נקוט להוכיח מהם דמיתומים קטנים לא גבו ויישבום לדעת מי שסובר דגבי ולבסוף כתבו מיהו יש להביא ראיה דאפי' רב הונא דמפרש טעמא משום כררי לא גבי מיתומים קטנים אפי' תוך זמן דפריך עליה דרב אשי בפר' שום היתומים ודחיק לשנויי בב"ח נכרי שקבל עליו לוו ולא קבל לוו ולא משני הכא במאי עסקינן בשלא הגיע זמן בחיי האב ואין לומר דההיא סוגיא סברא כטעמא דרב פפא דהא במסקנא משני בשחייב מודה והאי שנוייא ליתא אליבא דטעמא דרב פפא

ע"כ

ואי משום הא לא איריא דנהי דההיא סוגיא לא מצי אתי כרב פפא מדאוקמוה בשחייב מודה מ"מ מצי אתי כרב הונא בריה דרב יהושע דלדידיה כשחייב מודה גובה ואיהו ס"ל כאביי ורבא דלית להו חזקה דר"ל ולכן משני בשחייב מודה וכמו שהקשה על התוס' בעל גדולי תרומה בסוף פ"ד וכן בעל התרומות והרמב"ן בחידושיו סתרו ראיה זו משום דההיא סוגיא מתרצינן למתני' כרב הונא בריה דרב יהושע כמ"ש הרמב"ן ז"ל ומ"ש בעה"ת לרב ולרב יהושע עיין בס' גד"ת שם ועוד יש לדחות ראית התוס' דבשלמא אם בההיא סוגיא הוה מתרצינן גם כן בשמתוהו ומת בשמתיה היה מקום להכריח מדתירץ הכי תרתי ולא תירץ בשמת תוך זמן ש"מ דביתומים קטני' אפי' תוך זמן אבל כיון שלא תירץ אלא בשחייב מודה איכא למימר דחדא מנייהו נקט וה"ה לאחריני דכי היכי דשייר שמתוהו ומית בשמתי' הכי נמי שייר מת תוך זמן מכל אלין טעמי כו' להם דהתוס' דרך משא ומתן כתבו כן אבל לענין הלכה סוברים דגובה אפי' מיתומים קטנים וכדכתבו בשם ר"י גם הגהות אשירי ס"ל דט"ש הוא דהא מסיים בשם ר"י ור"י ס"ל דאפי' מיתומים קטנים גבי באופן שלא נשאר בסברא ז"ל אלא ר' יונה ז"ל והוא יחיד ואין לומר קים לי

כוותיה

אבל אין זה נכון דמהריב"ל גופיה כתב בש"ג דהתוס' ז"ל סוברים דמיתומי' קטנים לא גבי ועוד שראיתי להרא"ס ז"ל סי' ר"ח ולמהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קי"ג ובנוספות סי' כ"א וח"ג סי' י"ח כתבו דיכול המוחזק לומר קים לי ותמה מהרש"ך ע' מהריב"ל ז"ל שכתב שאינו יכול לומר קים לי

ושפט ליק סי' הנז' תמה על מהרש"ך ז"ל שהביא את טעמו בח"ב סי' קי"ז שנראה מדבריו שאינו יכול לומר קים לי גם מהר"ש הלוי ז"ל בספר משפט צדק בסוף סימן הנז' כתב דיכול המוחזק לומר קים לי וכ"כ מהר"ט קיפי ז"ל הובאו דבריו בספר פליטת ב"י סי' כ' ובתשובה כ"י העיד השם דבו מהר"א חזן ז"ל ובנו הר"ש חזן ז"ל שהיו

דנין כן הלכה למעשה

ואחרי שנתבאר זה אבוא לבאר ולומר דלכאורה נראה דאין מקום לשמעון לגבות מיורשי ראובן לא הכך שכבר עבר זמן פרעונו' ולא הסך שעדיין לא עבר זמן פרעונן דהך שעבר זמן פרעונן הא והאי כשיטת שאינו נפרע כיון שהוא אחר זמנן ואפילו מלוה בשטר שעבר זמנה אין נפרעין מיורשים קטנים כ"ש בכתב יד כמ"ש הטור בסימן ק"ח ס"ה ואם המלוה רוצה על היתומים שטר רוב הקויים אם הם קטנים אין גובין מהם אם לא באחת מאלו הדרכים כו' ואע"פי שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה ח"א סי' אלף ס"ה והביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' פ"ב מהודעין י' ורבי' ירוחם בספר המישרים כ' ו ח"ט הביא דבריו הרב"י בח"מ סימן ע"א מהודעין כ"ח דהחייב לחבירו מנה בשטר לפרוע לו בזהובים חלוקים ואין כן נאמנות לאחר עבור הזמנים תבע המלוה השטר והלה אומר פרעתיך ולא נשאר השטר אלא בשביל הפרעון האחרון אינו נאמן דא"כ ה"ל למכתב שובר או להחליף ע"כ התם שאני שהוא שטר גמור ואיכא טענה דשטרך בידי מאי בעי כדקאמר הרשב"א ז"ל דא"כ ה"ל למכתב שובר או להחליף אבל בכתב יד שאחר עבור הזמן שנאמן לומר פרעתי אין נפרעין מן היתומים כיון דאביהן ה"מ למימר פרעתי ואין כאן טענה דשטרך בידי מאי בעי ועוד דהתם איירי כשהלוה עצמו חי דאינו נאמן להכחיש מן החוב מן הטעמים שכתב הרשב"א אבל הכא דמת הלוה ואינ' יכולים ליפרע עד שיגדלו מהני טענה דשמא פרע שלא להפרע בשורן קטנים כדין שטר דאפילו מקויים אין נפרעין

מיתומים קטנים עד שיגדלו

איברא דאם בפנקס ראובן היה כתוב שחייב הר"ן נרוש' לשמעון היה מקום לומר שיגבה שמעון מיתמי ראובן כל חובו אפילו הפרעונות שעברו זמנן קודם מיתת ראובן מש"כ הרשב"ץ ז"ל בתשובה בשם בעה"ת ז"ל הביאוה הרב ז"ל בספר בדק הבית בח"מ סי' ס"ט ומהר"ס מטראני ז"ל בח"א סי' ע"ד אם היה חייב בכתב ידו ומת תוך זמן או הודה בחליין שהוא חייב עדיין או נמצא בפנקסו שהוא חייב לו או נדוהו ומת בנדויו ולא נתן הואיל והודים שהוא כתב יד אביהם כו' גובין מהם ע"כ נראה שכתוב בפנקסו הוי כחייב מודה או כמת בנדויו שגובין מהיורשים אפילו לאחר זמנו מאח"כ בכתב ידו שהוא חייב לו דדוקא תוך זמנו גובה ונראה דטעמא הוי דכשהוא חייב בכתב ידו שביד המלוה ופרע אין בידו לקרוע או למחוק כתב ידו ואינו חושש דנאמן לומר פרעתי אבל מ"ש בפנקסו שתחת ידו אם היה אמת שפרעו היה מוחק או מעביר עליו קולמוס או כותב כנגדו שפרע וכיון שלא עשה כן מוכחא מילתא שלא פרע וגובין מהיורשים אע"פי שהוא אחר זמנו ע"כ בבדק הבית ובמהר"ס מטראני ז"ל כנראה דכל זה הוא מדברי הרשב"ץ ז"ל גם הרדב"ז ז"ל בתוספות סי' קמ"ח כתב כן משמיה דנפשיה ומכאן תראה שמה שהבאתי בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ס"ע בהגהת ב"י אות מ"ה דמ"ש בס' בדק הבית נראה דמ"ש בפנקסו הוי כחייב מודה שגובין מהיורשים אפי' לאחר זמנו הם דברי הרב ז"ל בבדק הבית ליתא אלא הם דברי הרשב"ץ ז"ל שלמד כן מדברי בעל התרו' ז"ל הראיה שמהר"ס מטראני ז"ל בסי' הנז' כתב כלשון הזה

לא פחות ולא יותר וזמנין אחריתא לכמה כשיאים ואין שני נשיאים מתכנשים בזמן אחד ונמצא כנסת הגדולה בחשבי השו דברי הרבנים הרב ז"ל ומהר"ם מטראני ז"ל שכבשי פני המלחמה אבל עכשיו שנתברר לי שהם דברי הרשב"ץ ז"ל אשוב פני מלחמתי על הרשב"ץ ז"ל ואחר התאבקי בעפר רגליו ואחר שאלת המחילה מכבוד רבנותו ז"ל אין זה מחוור בעיני שיהא פנקסו של אדם יותר טוב משטר כתוב וחתום בעדים דשטר כתוב וחתום בעדים צריך שבועה והפנקס יגבה שלא בשבועה מדשבו' אותו לשלש דרכי דגובין שלא בשבועה ואם תאמר דלפנקס יגבה בשבועה ק' מאי הדבר ומה גם למ"ש הרדב"ז בסי' הנז' דבשטר אינו גובה מיתומים קטנים ובפנקס גובה מיתומים קטנים ולכן אני אומר דהבע"הת מיירי בפנקס תוך זמנו ואתוך זמן שכתב בחלוקה דכתב ידו קאי והוא של בעל היתומות הוא דלא נימא הואיל ופנקסו של אדם מצוי בכל שעה בשעת הפרעון לא מחקו מספרו על סמך שימחקנו בכל עת שירצה אלא הואיל ונמצא כתוב בפנקסו שחייב לו והוא תוך זמנו הרי הוא ככתב ידו וגובין מהם והם דברי הרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ק"ו מחודשין ז' וז"ל הראובן שמת ונמצא כתוב בפנקסו כתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה היורשים פטורים דמלוה ע"פ אפי' בעדים אינו גובה מהיורשים אא"כ הוא תוך זמנו וא"ת אם פרעו מפני מה לא לוה ואמר כן בשעת מיתה או מפני שלא מחק הכתב דילמא מלאך המות אנסיה כו' ע"כ וכבר כתב מורי הרב ז"ל בתשובה חלק ח"מ סי' קכ"ד דהרא"ש ז"ל בתשו' בהשם כלל פ"ן והובאה בספר הטורים ח"מ סי' כ"א סעיף ז' שכתב שיש לדון על פנקסו של אדם שרגיל לעשות בתוך ביתו אפילו להוציא מן היתומים לא פליג אהרשב"א ז"ל וחילק בין פנקס לפנקס והעלה דפנקס שכותב האדם חובותיו אינו נפרע מהיורשים ומתוך דברי הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' ר"ב מוכח בבירור דהרא"ש ז"ל בתשובה זו מיירי תוך זמנו ובהכי לא פליג על הרשב"א אבל יש לתמוה עלין למה לא זכר את הרשב"א ז"ל שכתב כן בפירוש ובעל משפטי שמואל בסי' ע"ז כתב על תשובת הרא"ש ז"ל נהי דהשיב שיר להוציא לא בשביל כך יהא נאמן לומר פרעתי ע"כ שמעינן מכל הכי רבותא דכל שהוא אחר זמנו נאמן לומר פרעתי וטעינן ליתמי כל מאי דה"ת אבוהון למטען

ומההכי מהרב ז"ל שבספר בדק הבית הביא תשובת הרשב"ץ ז"ל בלי שום חולק ובסי' ק"ז כתב תשובת הרשב"ץ ז"ל בלי שום חולק ולפי ההגה"ה שהגיה בספר בדק הבית היה לו להגיה שם שהרשב"ץ ז"ל חולק על זה ואולי ממ"ש שם ועיין בתשובת הרא"ש ז"ל נפטר כלומר שחולק על הרא"ש ז"ל ומ"מ לא נמלט מהתפיסה ממה שלא הזכיר שם ובסי' כ"א תשובת הרשב"ץ ז"ל ומה שלא הזכיר בסי' ס"ט תשובת הרא"ש ז"ל והרשב"א ז"ל ועוד דאשב' דהרא"ש ז"ל אינו חולק על הרשב"א כדפת'לה הרשד"ם ומשפטי שמו' ומורי הרב ז"ל וראיתי לו ז"ל בספר הקצר בסי' זה שהוא סי' ס"ט לא הזכיר סברת הרשב"ץ ז"ל ובסי' כ"א סתם כהרא"ש ז"ל ובסי' ק"ז כהרשב"א ז"ל וכדי שלא יקשה מדידיה אדידיה כ"ל או שהוא מפרש כחלוק הרשד"ם ז"ל או כחלוק מורי הרב ז"ל ומזה תבין שמה שכתב בספר ב"י בסימן ק"ז על תשובת הרשב"א ז"ל ועיין בתשובת הרא"ש ומ"ש בסי' כ"א על תשובת הרא"ש ז"ל ועיין בתשובת הרשב"א ז"ל כו' אין הכונה לומר שחולקים אלא לומר עיין שם דין אחר כמליכו לתיין תכל זה דמ"ש אוים בפנקסו והוית לאחר זמנו במחלוקת היא שנויה ללדעת הרשב"ץ והרדב"ז ומהר"ם מטראני והרב ז"ל בספר בדק הבית בשם הרשב"ץ גובה מן היתומים ואפי'

קטנים ולדעת הרשב"א והרא"ש והרשד"ם ומשפטי שמואל ומורי הרב ז"ל אינו גובה מהיתומים וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מי יוציא מהיתומים המוחזקים ולכן בנדון דידן לפרעונות שעברו ומכ"ש קודם מיתת ראובן אין שמעון יכול לגבות מיורשי ראובן זולתי אם הדבר ידוע שלא נפרע דיש רשות לאפוטרופוס להשפשר עם המלוה אע"ג דמן הדין אין יכול להוציא מהם עד שיגדילו כמ"ש הרדב"ז בתשובה סימן הנז' בשם תשובת הרשב"א ז"ל סי' תתכ"א והר"ן ז"ל בתשו' סי' ל"א הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ק"ח כתב כבר הורה זקן הרשב"א ז"ל שכל היכא שב"ד רוצה לעשות הנהה הרשות אפילו מעט נזקקין ע"כ ויראה שמכוין אל תשובת הרשב"א ח"א סי' אלף ט"ו שהשיב שראוי האפוטרופוס למכור קרקע של יתומים כדי לפרוע חובותיהם כי נתפשר עם ב"ח ונתפייסו בפחות כו' והיא אותה תשובה שהביא מהר"י בי רב ז"ל בתשובותיו סי' מ"ה והרלנ"ח ז"ל סי' כ"ח ומורי הרב ז"ל חלק ח"מ סי' ב' וספר ת"י סי' ע"ז והרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ר"ן מחודשין י"ו ומהרש"ך ח"ב סי' ע"ז וקצת תימא על הרדב"ז ז"ל שהביא ראיה מתשובת הרשב"א ז"ל סי' תתכ"א ולא הביא מתשובה זו שבא הדבר מבואר שם גם הרב בעה"ת בפסקים וכתבים סי' קמ"ב הביא דבריו הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ב מחודשין ג' שרי לב"ד לוותר במזון יתומים חוץ מן הדין כדי להשקיט מריבות וקטטות ושיים מה שהסכימו לגזור ולהחרים שתתקיים הפשרה ושלא יוכלו היתומים לחלוק ולמחו' כשיגדילו דינא הכי דיש כח לב"ד על היתומים בזה כו' ומתשובה זו כתב מהר"ם מטראני ז"ל בח"ג סי' רי"ד שיכולי' לעשות פשרה לזכות היתומים שיניחו להם איזה דבר מהחוב וכ"כ מהריב"ל בח"א סי' נ"ה והרשד"ם חלק ח"מ סי' ש"ל והרלנ"ח ז"ל בסי' הנז' ומהר"י בי רב בסי' הנז' ומורי הרב ז"ל בסי' הנז' וכתב וכן ראוי להורות ואפילו למכור בתים של יתומים לפרוע לב"ח שרוצה לעשות הנחה נזקקין וכן הסכים הכם אחד שהובא במהרש"ך ח"ב סי' ע"ז וכתב מהרלנ"ח ז"ל בסי' הנז' דאין ב"ד כופין על כך אלא שיש רשות לאפוטרופים ליזקק אם ירצה ועיין במהר"ם מטראני ז"ל סי' הנז' ואע"פי שבעל ת"י בסי' הנז' חולק העיקר דין הרשב"א ז"ל וכתב שאין כח בידינו להוציא ע"כי סברת הרשב"א ז"ל כיון שאחר הפוסקי' לא הזכירו יחיד הוא בדבר הזה אבל כל הגדולים שהזכרתי נסמוכות שלהם הרשב"א ז"ל גדול המורים ומה גם שראיותיו לדחות סברת הרשב"א ז"ל אינם מכריעות במ"ש דמדאמר הפוסקים לא הזכירו זה לא ס"ל הכי והפריז על המדה לומר שהרשב"א ז"ל בסברא זו הוא יחיד אבל שאר רבוותא אין זו טענה כדי לדחות דברי הרשב"א ז"ל המפורשים וכבר כתבתי במקום אחר דבטענה זו אין לדחות סברת הפוסק המפורשת ומה גם סברת הרשב"א ז"ל אריה דבי עילאי ודסמיך ליה אאור הגולה הר"ן ז"ל גם מה שהקשה עליו דמדמסקו בגמרא צריכן לאוקמי והבית של נוי ולא אוקמוה במוותר קצת החוב מלבד דהרשב"א ז"ל גופיה נרגש מזה וכתב לתרלו כמו שהביא הוא ז"ל בשם הרשב"א הך קושיא אית לה פתר בגוונא אחריתא בנקל ולרידך מי ניחא אמאי לא אוקמוה במלוה תוך זמנו או בשמתוהו ומת בגרוייו אלא מאי אית לך למימר דנקט זו וה"ה אחריני כמ"ש הרב בעל התרומות בשער י"ג הך דמוותר מהחוב נמי תנא ושייר כי היכי דשייר תוך זמנו ובשמתוהו ומת ועיין מה שתירץ מורי הרב ז"ל בסי' הנזכר לטענה זו גם מה שטען עליו דלא דמי לרבית מפני שהוא הזק בודאי וכן מזונות מאח"כ בויתו והוב כו' עיין בתשובה למורי הרב ז"ל סי' הנז'

ומ״ת יש לפקפק על דברי הרשב״א ז״ל מדה שכתב הרלנ״ח ז״ל בסימן הנז׳ שהר״ן ז״ל לא רצה לעשות מעשה בזה וגם מדברי הרמב״ם ז״ל נראה שחולק על הרשב״א ז״ל גם ראיתי למורי הרב ז״ל שכתב דמדברי הרמב״ם ז״ל נראה שלא כדברי הרשב״א ז״ל א״א שאני אומר דאם לדברי הרמב״ם ז״ל היו מכורחים נגד הרשב״א היה מקום לפקפק על דינו של הרשב״א ז״ל אבל כיון שאין דבריו מכורחים נגד הרשב״א ז״ל לא הכריע כדיעותיה של הרשב״א מפני מה שגר׳ מדברי הרמב״ם ז״ל וא״נו כר׳ בפי׳נס מ״ש מהר״ן ז״ל לא רצה לעשות מעשה אין נראה כן מדבריו שהר״ן ז״ל כתב אחר לדברי הרשב״א ז״ל ואע״פ שיש להון אחר סברתו ז״ל אם הדבר כן וירא שלב״ד שבן נ״וא נזקקין ע״כ דברים אלו קראים בבירור שאף שלמען הלכה היה נראה להון אחר סברתו לענין מעשה בטל סברתו מפני סברת הרשב״א והסכים לדבריו ואף בעל דינו של הרשב״א ז״ל בדין זה הוא הרב בעל ת״י מודה שהר״ן ז״ל הסכים לדברי הרשב״א ז״ל וז״ל ואף הר״ן ז״ל מוכיח מלדבריו בתשובה שנוטה לסברתו בעיקר הדין ע״כ הילכך כותיה דהרשב״א ז״ל יש להון ואפי׳ לכתחי׳ כמ״ש הרלנ״ח ז״ל בסימן הנז׳ וכמו שהסכימו כל גדולי האחרונים חוץ מהרב בעל ת״י וכן הסכים בעל משפט לדק ח״ב סי׳ ה׳ באומן דאם החוב מבורר יש כח לב״ד ואפי׳ לאפוטרו׳ לפרוע מנכסי יתומים כל שהב״ח מוותר מזכותו אפילו שהוא חוב לאחר זמנו ואם הדין כן בהוכות שאחר זמנן כ״ש בחוב שלא הגיע זמנו ולכן בב״ד גובה שמעון מיורשי ראובן בין הסך שלא הגיע זמנו בין הסך שהגיע זמנו אתנם אם אין כאן ויתור או מקו׳ ליפרע החובו׳ שכבר עברו זמנן כחו׳ אגן בהוכות שלא עברו זמנן מה דינו והא ודאי נמי אין להוציא מן היתומים דכיון דאיכא דרבותא דסברי דאפי׳ תוך זמן אין נפרעין מנכסי יתומים קטנים ורבים מגדולי האחרונים אומרים שיכול המוחזק לימר קי״ל מאן ספין ומאן רקיע להוציא מן היתומים

אמנם

בנ״דמצאתי יפוזות תעלה לשמעון שינבה מיורשי ראובן הסך שלא הגיע זמנו קודם מיתת ראובן והוא מפני שראובן מת במגפה שכבר ידוע מ״ש התוס׳ בפרק מי שמת בשם מהר״ש מייזביל דהיכא דמת פתאום ולא צוה לביתו לא חייבינן להתפסת כררי והר״א״ש ז״ל בתשובה ראש כלל פ״ה תפס תירוץ זה עיקר וכתב שכן היה דן מהר״ס ז״ל והרב ז״ל בספר א״ה סימן כ״ו כתב שאלה כתוב על דברי ר״י ז״ל שבפרק שום היתומים שמשמע מתוך פירושו דמקמי מיתה זמן ארוך אין לחוש לכך ואם חלה כתיירא למות כיון דנתרכא חזר ונטל הכררי לפי פירוש זה אם נהרג או מת מיתה חטופה או נטרפה דעתו אין לחוש לכררי ע״כ וכתב הרא״ש בחלק א״ה סימן קל״ב דמי שמת במגפה הוי כמיתה פתאום וכן מוכח ממהר״ס מינץ ז״ל סימן כ״ו

מעתה בנדון שלפנינו שאין חשש שמא פרע תוך זמנו דחזקה לא עביד איניש דפרע גו זימניה אלא החשש הוא דילמא אתפסיה כררי כדכתב הרא״ש ז״ל בשם הר׳ יונה ז״ל כיון דמת במגפה דהוי כמת פתאום לא חיישינן להתפסת כררי ולכ״ע נפרעין מהם תוך זמן אפי׳ מיתומי׳ קטנים

וראיתי לבעל מקור ברוך בסי׳ ס׳ כתב שאע״פ שהתוס׳ ז״ל כתבו תירוצים אחרים אין לומר בזה קים לי נגד מהר״ש מייזביל כיון שמהר״ס עשה מעשה להוציא ועיין במהר״י ווייל ז״ל סימן כ״ו ע״כ

ולע״ל נראה דאפ״ג דאיכא תרבוותא דמגרשי בתי׳ הר״ש מייזביל ז״ל וגם מהר״ס מינץ ז״ל בתשובה סימן כ״ח וכ״ו ומהר״ס מטראני ז״ל בח״א סימן פ״ט שכ׳ שכיון שלא נתבטט רבנוג זה בב״ד לא נעשה מעשה גם איכא תרבוותא שהם חולקים על הרא״ש במת במגפה דלא הוי כמת פתאום והם ספר מקור ברוך סימן ו׳ ומהר״י הלוי ז״ל סימן י״ט ויראה דבל״ד כ״ע מודו לתי׳ מהר״ש מייזביל דמת פתאום לא חיישינן לכררי ומת במגפה כמת פתאום דע״כ לא פליגי הני רבוותא אלא היכא דליכא אלא הא דמת פתאום או מת במגפה אבל בנדון שלנו דמלבד זה איכא שמת תוך זמן ולרובא דרבוותא וכמעט כולם סוברים דתוך זמן נפרעים אפי׳ מיתומים קטנים אם באנו לחוש לחולקים שהם מיעוטא דמיעוטא משתיין שנחוש כשהאריך בחליו ולא מת במגפה אבל אם מת פתאום או מת מתגפה אין לחוש לחולקים וסוברים דאפי׳ מת תוך זמן אין נפרעין מהם דאיכא למיחש שלא תנטול דלת בפני לווין וכמה פרכורים כרכר הרב המובא׳ הרא״נ״ח ז״ל בח״מ סימן כ״ד להלוא דרך להפרע מנכסי יתומים קטנים אפי׳ דלא הוי גו זימניה ולא הודה ומת ו׳ו גרוהו ומת בגדודיו כדי שלא תנטול דלת בפני לווין בזמני׳ אלה מפני חשש דילמא נכל נכסי קמי יתמי ע״כ •

ודוגמה לזה מצינו להרב בעל המאור ז״ל בפרק כל הנשבעין בשם חכמי נרבונ׳ דאע״ג דסבור בפי׳לא מהני ליורשים אם מת לוה בחיי מלוה ואח״כ מת מלוה לא דיינינן תרי קולי קולא דרב ושמואל וקולא דאבא שאול שיפסיד המלוה מעותיו ושבח סברא זו הרב בעל המאור וכתב וזה פסק נאה ומשובח וראוי לסמוך עליה אף אנו נאמר תרי קולי לא עבדינן קולא דחולקים תוך זמן וקולא דמת פתאום או קולא דמת במגפ׳ וכן מצאתי לבעל משפט צדק ח״ב סי׳ ל׳ כתב דע״כ לא קאמרי הר׳ יונה והתוס׳ דחיישינן לכררי אפי׳ דמת תוך זמן אלא כשלא מת פתאום אבל כשמת פתאום דליכא למיחש לכררי כמ״ש הר״ש מייזביל ורבנו מאיר והרא״ש לא חיישינן דאפוכי במחלוקת לא מכשינן דבעלי סברא ואת הם רבים ונוקמי׳ לתוס׳ והר׳ יונה כותם ולא כדברי ר״י ז״ל דפליג על הר״ש מייזביל ז״ל שהיא סברא יחידית

ומכני שראיתי למהר״י הלוי ז״ל בסימן י״ט כתב דאפי׳ הרא״ש דסובר דמת במגפה הוי כמת כתאום אלא דוקא בנדון ההוא שתכף נטרף דעתו בשעמום וטירו׳ הש׳כל וגם ראיתי למהר״ס מינץ ז״ל כתב דבמת במגפה והאריך בחליו לא הוי כמת פתאום מה שלא היה בנדון שלנו דהאריך שמונה ימים על מיטתו וגם היה שכוי בדעתו עד עת מותו בלתי להודיע שחולי המגפה במקומינו זה עדיף כמת פתאום לענין התפסת כררי שהכל בורחים ממנו בין גדולים בין שאינם גדולים ואפי׳ נושא במוכה במגפה דלא התק אינו נכנס אצלו לבואלו וגם אינו נוטל שום דבר ממה שגמלא אתו בבית דעור בעד עור וכל אשר לאיש יתן בעד נפשו

סוף דבר שהדברים ברורים שבמקום הזה חולי המגפה עדיף ממת פתאום והדבר ברור שלא התפיס כררי וכבר כתב הרא״ש ז״ל בחלק ח״מ סימן קכ״ח ותנ״ד דבמקום דליכא למיחש להתפסת כררי אפי׳ לדעת הר׳ יונה ושיעתו ומטעם אחר זכה שמעון כיון דאיכא פלוגתא ביתומים קטנים אי אמרינן קים לי או לא אמרינן וליכא פלוגתא אי במקום דאיכא פלוגתא אי יכול לומר קים לי אין יכול לו׳ קי״ל כיון דבהא פליגי ואית לן למיזל אחר הרוב

הרוב והכא רובא דרובא שוברים שמת תוך זמן נכרעים אפי' מיתומים קטנים ובפרט הזה הארכתי בתשו' הבאה אחר זה סימן ע"ה ע"ש

כלל העולה דהפרעונות שכבר עברו זמנם אין שמעון יכול להתפרע מיתמי ראובן אם לא שהשטר שלא נפרע שמעון ומותר ליתומים אינה דבר וגם לא כוונו אל לב"ר שיש ריוח ליתומים אבל אותם פרעונות שלא הגיעו זמנם אפי' מת ביומא דמשלם זימניה בבקר יפרע שמעון מיורשי ראובן ומה גם שמעתי אומרים שאחר שמת ראובן חנוך בנו הגדול שמת אחריו כמו עשרה ימים אחר מאתים וחמשים גרוש' חייב אבי לשמעון כשירד משכבו לעיר אפרעם לו ולא זכה לירד לעיר שגם הוא ניגף כמו שבעה ימים אחר מיתת אביו ומת חיי לרבנן ולכל ישראל שבק שכל זה הוכחה שבירור אלו שלא נפרע שמעון מראובן אביו גם ממנו ליכא חששא שנפרע שהוא אמר כשירד לעיר ולא זכה לרדת לעיר שמת ובעודו ברי אנן סהדי שלא ירד לעיר שהוא היה בורח מהמגפה והיה ירא ללכת לעיר שהיתה מגפה גדולה בעיר ומה גם שהוא היה תוך שבעת ימים לאביו בכפר ובא הש הבבועות בתוך ז' והוא ניגף יום שני של שבועות והורידוהו לעיר מוגף למחרת מיום שני של שבועות

סוף דבר מכל זה הדברים מראים שלא נפרע כלום אפי' הפרעונות שעבר זמנם אך אין כח בידי לחייב ליתומים ולהוציא מהם כי אם הפרעונות שלא הגיע זמנם קודם מיתת ראובן הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ע"ה

חתמתי על פסק החכם השלם כמה"ר שמואל שאג"ש נר"ו שנת התי"ו בטיריא יע"א.

אם לבח אמיץ לבו במלחמתה של תורה ואם למשפט דייני הוא ונחית לעומקא דדינא החכם השלם סיני ועוקר הרים בנן של קדושים כמה"ר שמואל שאג"ש נר"ו את הרשום בכת' טפחה ימינך נאדרי בכח ראתה עיני אור יקרות מה נמלצו להכי אמרות טהורות בכל מה שפלפל כ"ת חכו ממתקים ואם כי כ"ת האריך למעניתו אנא קטינא צריך שקי דרך קצרה אני בא כי הכנתי איכו ממכים ליבא וליתן ברובי תורתו יען כי מעיר איזמיר יע"א שבוני גם כשבוני שאלות רבות מאנשי היחש והמעלה אשר מפני כבודם לא אוכל המלט מהחזיר להם תשובה ונוסף גם הוא העתקת חיבורי ספר כנ"הג חלק ח"מ להביאו אל הדפוס ועם כל זה לאהבת כ"ת עזבתי כל זה לצד א' ופניתי אני להשתעש' באור תורתו ובדבריו הנחמדים מזהב ומפז ועם כי לענין דינא לא השכימה דעתי עם כ"ת לבי ולבך ידעי כי חפצתי ביקו ולא עלה בידי ועם כל זה עמך מקור חכמה ותושיה

והנראה בעיניו יקריב אליו בראש אמירי דבריו הביא כ"ת תשובת הרא"ש ז"ל דכלל פ"ה סימן ט' הובאה בספר הטורים ז"ל סימן ק"י וכתב דלא קי"ל הכי והאמת עם כ"ת דאע"ג למדברי הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן י"ד ומדברי מהר"ש יפה ז"ל בהגהותיו לב"י נראה דיכול המוחזק לומר קים לי כל גדולי האחרונים הרלנ"ח בתשו' סי' ק"ב ומהריב"ל מ"ג סימן ל"ד והרא"נ"ח ז"ל ח"א סימן ט"ו ומהר"י קריאון ז"ל הובאו דבריו בספר משפטי שמואל סימן קכ"ו חלוקים עליהם

איברא דלפי תירוץ הרב ז"ל בב"י חלק ח"מ סימן ק"י והוא תירוץ הרא"נ"ח ז"ל והר"ס אשכנזי ז"ל בסי' קל"ו והסמ"ע יכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ועיין בתשו' לרמ"ל סימן ק"י ואני בנעורי לתיריא שנת הת"ג היה לי וימחגדול עם החכם השלם סיני ועוקר הרים רבה דעמיה מר קשישא כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו על ענין הורדת מלוה לנכסי לוה שלא בפניו נתגלגלה תשובה זו בתוך דברי וגם פלפלתי בה הרבה ועל המדברים עליה ודרכתי בה דרך נכון ליישוב התשובה עם מסקנת ההלכה ועם דבריו בפסקיו ובתשובה הקודמת ועם שאר הפוסקים ואחר זמן רב נדפסו תשובות מורי הרב ז"ל לחלק ח"מ וראיתי שם בסימן ז' פירש דברי תשובת הרא"ש ז"ל כמו שפירשתיה (הגה"ה התשובה הזאת היא בסימן כ"א מהחלק הזה ועיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"י בהגהת ב"י אות ד' ע"כ ההגה"ה)

אך מה שסיים כ"ת וז"ל עוד יש טעם לשבח כי בשטר זה יש כתיבת הלוה עצמו וכפי מה שאמר הרא"נ"ח ז"ל בסימן הנז' יש לנו ללמוד דכיון שיש חתימת הלוה עצמו אין צריך שיהיה מקויים בחיי אביהם ע"כ במחילה מכ"ת הוא טעות מפורסם וכבר קרה לו ג"כ להחכם השלם כמה"ר אהרן לפאפה נר"ו שטעה בזה בקונט' שכתב על הורדת מלוה בנכסי לוה שלא בפניו שכתבתי למעלה שכתב עליו מר קשישא כמהר"י איסקאפה נר"ו וכתבתי שטעה בפשיטות שמה שהבין שדעת הרא"נ"ח ז"ל שבשטר שחתום בו הלוה עצמו כל שמקיימין עידיו מיקרי בפניו הא ודאי ליתא ולא תהא כזאת בישראל לתלות נוקי סריקי ברבינו הרב המאיר לארץ ולדרים עליה הרא"נ"ח ז"ל דלא כתב הרב ז"ל דבכתב יד מהני הקיום שלא בפניו אלא בבאים לקיים חתימת הלוה עצמו דהרי הוא כהודה בפנינו אבל בבאים לקיים עדיו אע"פ שהוא חתום בשטר מה יועילנו חתימת העדים לגבויי ללוה כאלו הוא בפניו ואפי' אם יקיימו חתימ' הלוה וחתימת העדים אינו דין שטר ויכול לטעון פרעתי דכהי דקיום חתימתו מהניא לגלא יוכל לכפור להר"מ אבל קיום העדים כיון שלא נתקיים בפניו למי שסובר דמקיימין את השטר בפניו יכול לטעון פרעתי ואם הרב ז"ל כתב דלדעת מי שסובר דבעינן שיהא המקויים בחיי האב הכא לא מהניא כלל א"כ היה בשטר חתימ' יד הלוה כמנהג השטרות שלנו לאו שמקיימים השטר ע"י עדיו קאמר אלא שמקיימי' השטר ע"י הלוה עצמו בחתימתו ובנדון שלו שהיה תוך זמנו דהשתא אין צורך לחתימת העדים לקיימם דלא יהא אלא כתב יד כיון שהוא תוך זמנו ונתקיים חתימתו נפרעין מן הקטן דליכא טענת פרעתי דחזקה לא עביד אינש דפרע גו זימניה לרובא דרבוותא וכמעט כולם שסוברים דתוך זמן נפרעין אפי' מיתומים קטנים וכפסק הרב שם כמותם ומטעם זה נפרעין מהם מלוה ע"פ תוך זמנה כמבואר בטור ח"מ סימן ע"ח וק"י אבל אה"נ דבשטר שעבר זמנו כגון שלפנינו כמו שהסכים כ"ת אפי' נתקיים הוא ועידיו שלא בפניו יכול לטעון פרעתי למאן דסובר דאין מקיימין השטר שלא בפניו וקטן כשלא בפניו דמי והארכתי באותה תשובה להכריח דבר זה מדברי הרב ז"ל עצמו באותו סימן ובסימן י"ח (הגה"ה התשובה הנז' היא בסי' כ"ג מהחלק הזה ע"כ ההגה"ה) והחכם השלם סיני ועוקר הרים שני כמה"ר משה בנבנשת נר"ו כתב על הנדון הנז' וכתב שבחנם טרחתי להעמיד חזון דבר שהוא מבוא' בעצמו בתכלית הביאור ולא היה צורך להטריח הקולמוס בזה

ולענין מת תוך זמן שכתב כ"ת שיש מקום לזכות ליתומים ודאי כך הוא דאע"ג דהרב ז"ל בב"י חלק ח"מ

סימן ע"ח והרלנ"ח ז"ל בסימן קי"ו ומהריב"ל בח"ג סי' ל"ה ומהרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן קנ"ח ור"ב ותל"ד ומהר"י אדרבי ז"ל סימן פ"ט והראנ"ח ח"א סימן ט"ו ומהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קי"ו כתבו כרבותא דאמרי דאת תוך זמן נפרעין אפי' מיתומים קטנים וכתבו מהרשד"ם ז"ל בסימן הנז' דלא מצי המוחזק לומר קים לי דבריה' תמוהי' כיון די"א שהביאו בעל התרומות וה"ה והר"ן והר' יונה וגם התוס' כמ"ש הרב ז"ל בב"י בסימן הנז' ומהריב"ל בסימן הנז' ומשפטי שמואל סימן קכ"ו ומשפט צדק ח"ב סימן ל' גם הגהות אשירי סוברים דאפי' את תוך זמן אין נפרעין מיתומי' קטני' למה לא יוכל המוחזק לומר קי"ל כוותייהו וכן ראיתי למהרשד"ם בחלק הנז' סימן ר"ח ולמהרש"ך ז"ל בח"ב סימן קי"ג ובתוספות סימן כ"א ובח"ג סימן י"ח כתבו שיכול המוחזק לומר קים לי ולא זכרו הרשד"ם שכתב בסימן קנ"ח ור"ב ותל"ד ומהרש"ך בח"ב סימן קי"ו דאין המוחזק יכול לומר קים לי ומהרש"ך ז"ל תמה על מהריב"ל בזה וכבר תמה עליו בעל משפט צדק סימן ל' גם מהר"ש הלוי ז"ל הובאו דבריו במשפט צדק סימן הנז' ומהר"ס קלעי ז"ל הובאו דבריו בספר פליטת בית יהודה סי' כ' כתבו דיכול המוחזק לומר קים לי ובתשובה כ"י למהר"ס קלעי ז"ל העיד משם רבנו הר"א חמון ובנו הר"ש חמון ז"ל שהיו דנין כן וכיון דכל הני רבוותא ס"ל דיכול המוחזק לומר קים לי מאן מפין ומאן רקיע לעשות מעשה כנגדם ובפרט להוציא מהיתומים (הגה"ה בסימן ע"ד מהחלק הזה כרדתי לתת טעם למהריב"ל ומהרשד"ם למה כתבו דאין המוחזק יכול לומר קי"ל ע"כ הגה"ה)

אחרא דלפי מה שאני עתיד לכתוב לענין פסק' דרינא איכ' למימרי כיה נרגא בהא וראיתי לבעל משפטי שמואל בסימן הנז' כתב דהמרדכי בפ"ק דבתרא הוא מהפסו' דאפי' את תוך זמן אין נפרעים מיתומים קטנים ואחר שאלת המחילה לא דקדק בדברי המרדכי כלל שדבריו צרור מללו שדעתו כדעת שאר הפוסקים דאפי' תוך זמן (הגה"ה ואני בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"ח בהגהת ב"י אות א' נמשכתי אחריו ובלא ראות דברי המרדכי במקומם כתבתי על סברת הר' יונה ז"ל וכן נראה מדברי המרדכי וטעות הוא בידי דליתא כמ"ש ע"כ הגה"ה)

עוד ראיתי למשפטי שמואל שם כתב דלסוברי' דביתומים קטנים אפי' תוך זמן אין נפרעי' ה"ה בהודה לבני מותו ואין זה נח לי דבשלמא תוך זמן איכא למימ' להתפס' ברי לסוברים כן אבל בהודה קודם מותו דליכא למיחש להתפסת ברי למה לא יפרעו מהם

ואולם במחלוקת אם מקבלין עידי לוה בפני יתומים קטנים פסק הרשד"ם בחלק ח"מ סי' קנ"ו וש"ו ותל"ה הלכה למעשה שמקבלין עידי לוה שלא בפני בע"ד וטעמו מפני שרבו כמו רבנן העומדים בסברא זו ומטעם קים לי אין לזכות ליורשים דאין לומר קי"ל אלא כשזוכה עתה בטענה זו אבל לומר קים לי שמא לכשיגדלו היתומים ימצאו טענה לבטל השטר לא אמרינן וכ"כ מורינו הרב ז"ל בתשו' חלק ח"מ סימן ז' ומשפט צדק ח"א סימן ט"ו

והיה נראה לי דאף דעת מהר"ס מאטאלון ז"ל שהובאה בהרשד"ם חלק י"ד סימן קנ"ח מן הדעת הזה שכתב ואם יאמר הא קי"ל דלוואת אביהם מקבלין עדותן על הקטנים התם שאני כו' ע"כ ומתוך לשון זה היה נר' דס"ל כהרשד"ם ז"ל דכן הלכה דמקבלין עידי לוה בפני האפוט' והוא מן התימא איך סתם ולא פירש דיש חולקים ועוד כיון דיש חולקים היורשים מוחזקים ואי ס"ל דאין לומר קים לי בזה כדברי הרשד"ם ז"ל אדרבא כזה היה לו לפרש ולכן

נראה שטעת הרב ז"ל לומר לרווחא דמילתא דאפילו למאן דפסק דלוואת אביהם מקבלין הכא שאני כו' ואפ"ה לבי נוטה זו שתם הדברים יותר מדאי ומדברי הרשד"ם ז"ל בחלק הנז' סימן ר"ח היה נראה דאין ולאו ודאי גיריה לכמו' כן ושמא התם שאני משום דלא איתחזק החוב בפני הבע"ל דקהאי טעמא פסק דאין נזקקין אפי' לכתובת אשה אע"ג דכל הפוסקים מודים בזה ורבים וגדולים מהפוסקים חולקי' על הרשד"ם ז"ל כמו שיתבאר לקמנו בס"ד וגם יתבאר ג"כ שיש עוד רבים וגדולים סוברים כהרשד"ם ז"ל

וה"ה מהרש"ך ז"ל בח"א סי' מ"ד דאיסבר דלגבי יתומים קטנים לא אמרינן קים לי וכתב כ"ת שדבר זה הגאהו מאד במחילה מכ"ת כלל זה תמוה אצלי מאד ופשיין דעלמא לומר המוחזק קים לי אפילו לגבי יתומים קטנים וכן תמיין תדירא לכל גדולי האחרונים בספר הם ואף הרש"ך ז"ל לא פסיקא ליה ובלשון איסבר אמרה והוא גופיה כתב בח"ב סי' קי"ז דמפקינן מיתומים ואפילו שהם קטנים וכ"ש להחזיק המוחזק בלא האמנם מה שהקשה כ"ת על מהרש"ך דמה הוקשה לו על דברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ר"ן דהרב ז"ל איכו הולך על פי הקים לי הא והאי קושיא היא עמדתי עליה בספר כנסת הגדולה

הנה הלום ראיתי מה שהוקשה לכ"ת על הראנ"ח ז"ל בח"א סי' כ"ד שכתב וז"ל הילכך נראה דכל שכתוב בשטר נאמנות כנגד שובר וכנגד ברירי ונגד שום טענה שבעולם נזקקין להם והקשה כ"ת שהרי כבר כתבנו דעת הראב"ד והרמב"ם וה"ה ז"ל דאפילו נגד שובר ואפילו נגד מאה עדים ואפילו שום טענה שבעולם לא מהני דכולם הם איפכרי הביטול וגם מ"ש הרב מהריק"א ז"ל שכל הפוסקים סוברים כן כו' ע"כ ועם שראוי לשים לב על קושיא זו מ"מ מ"ש כ"ת שדעת הרמב"ם ז"ל כן והרב ז"ל כתב שכל הפוס' סוברים כן במחילה מכ"ת ליתא דאדרבא דברי הרמב"ם ז"ל מוכיחים דאם כתוב נאמנות כנגד שובר מהני שכתב אפילו יש בו כל התנאים שבעולם לא יפרע בו המלוה עד שיגדילו היתומים שמא יש להם ראיה שסוברים את השטר כו' ע"כ הלשון זה יש להוכיח דאין לחוש אלא שמא יש להם ראיה שסוברים את השטר הא אם יש נאמנות כנגד השובר גובין מהם גם בדברי הרב ז"ל בב"י לא הוזכר מזה כלום ולא כתב שהראב"ד וה"ה ז"ל הסכימו לדברי הרמב"ם ז"ל אלא במה שחולק הרמב"ם ז"ל עם איכא מרבוותא שכתב בס"ה דשטר שיש בו נאמנות עליו ועל יורשיו נפרעין מיורשים קטנים שהרמב"ם ז"ל חולק בזה וסובר כבע"הת דאפ"ה אין נפרעין דשמא לכשיגדילו יש להם ראי' שסוברים השטר על זה כתב שהסכימו הראב"ד וה"ה ז"ל אבל במה שכתב הראב"ד ז"ל דאפילו האמינם כנגד שובר לא מהני לא פורש בדבריו ומ"מ אנו תמהין על הראנ"ח ז"ל כיון שהראב"ד וה"ה ז"ל ס"ל דאפילו האמינם כנגד שוב' לא מהני ליתומים קטנים למה הסכים דבדרך זה יכולים לגבות היתומים קטנים כיון דיכולים לומר קים לן כהראב"ד וה"ה ז"ל ובדרך דוחק י"ל דס"ל לרב ז"ל דלא כתבו הראב"ד ז"ל וה"ה ז"ל דאפילו נאמנות כנגד שובר לא מהני אלא דוקא בשלא כתב אלא נאמנות כנגד שובר דיש לחוש עדיין להתפסת ברי אבל כל שכתב נאמנות כנגד שובר וכנגד ברי ונגד כל תנאי שבעולם דליכא למיחש למידי גובין מיתומים קטנים איברא דמהראיה שמביא הראב"ד ז"ל מוכח דאין שום נאמנו' מועיל נגד יתומים קטנים ואולי כיון שהראיה דהאה ה"ה ז"ל נמצא שהסברא ג"כ אינה נכונה ואע"פי שה"ה ז"ל הודה בזה כבר כתבנו שלא הודה אלא כל שלא כתב נאמנות אלא כנגד שובר וכן הכורש בדברי הראנ"ח ז"ל

עתה באתי על מ"ש מהר"י קריאון ז"ל הובאו דבריו בספר משפטי שמואל סי' קכ"ו שלדעת הרא"בד והרמב"ן ז"ל ההיא דחייב מודה כשמסר הודאתו לב"ד אף במלוה בשטר אין מקבלין אם לא מסר הודאתו לב"ד ונראה לע"ד שיטת יחיד הוא ובטלה דעתו אצל כל הפוסקים וכ"ש במלוה בשטר מקויים כל שהודה בשעת מיתתו מוציאין מיתומי' קטנים וכמ"ש מורי הרב ז"ל בחנק ח"מ סי' ז' ונמוקו עמו דלא כתב הרא"בד ז"ל והודה לו הרמב"ן ז"ל דכשחייב מודה מיירי כשמסר הודאתו לב"ד אלא כשהודה בחוב שאין בו שטר אבל כשהודה בחוב שיש בו שטר אין צריך שתהיה ההודאה בפני ב"ד אלא בפני עדים סגי ומה שטרח כ"ת להוכיח דכשאמרו בשחייב מודה הוא בשט' והוליד מזה דכיון דבשחיי' מודה מיירי בשטר ועל זה כתב הרא"בד ז"ל דמיירי במוסר הודאתו לב"ד והביא מדברי הר"ן ז"ל שמוכיח דמיירי במלוה בשטר טירחא יתירא שלא לצורך היא דכל הפוסקים הסכימו דמיירי בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר וכלפי אלוקת מלוה בשטר כתב הר"ן ז"ל שמא פרע לו בעדים או כתב לו שובר אבל כלפי חלוק' מלוה על פה אין צורך לזה אלא שמא פרעו ביני לבין דיליה דמלוה ע"פ הלכה רווחת היא המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים מעתה הא דאוקמה הרא"בד ז"ל ההיא דשחייב מודה במסר הודאתו לב"ד הוא במלוה ע"פ דלהוציא מחזקת היורש צריך שתהי' הודאתו בב"ד דע"פי עדים אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי להוציא מחזקתן אבל היכא דאיכא שטר מקויים ביד המלוה שלא על פי העדים אנו מוציאין מחזקת היתומי' אלא על פי השטר אין צורך לאוקומה כשחייב מסר הודאתו לב"ד וכדברי הרב מורינו ז"ל והם נכוחים למבין והתימא על כ"ת שבדקדוקים דקים ולנומי' רוצה להוציא דין מחודש שלא עלה זכרונו בדברי הפוסקים אחרונים וקדמונים זולת בפסק הר"י קריאון ז"ל ואם כ"ת היה כותב כל זה לתת סברא למהר"י קריאון ז"ל החרשתי אבל לפסוק הדין על פי זה הוא דבר מתמיה

ותמה אני על מה שהבין מהר"י קריאון ז"ל מדברי הרא"בד והרמב"ן ז"ל דאפילו נתקבל העדות מחיים אין נזקקין לנכסי יתומים ויש לתמוה אפילו שתהיה מלוה על פה כיון דנתקבל העדות בחיי האב אזלת לה טענה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אמאי אין מקבלין ולכן אני אומר בתחילה מכ"ת הרב קריאון ז"ל לא ירד לעומק דברי הרא"בד ז"ל וגם הרא"בד ז"ל מהמסוברס דכשנתקבל העדות בחיי אביהם נזקקין לנכסי יתומים קטנים וזה מושכל ראשון אין מי שיכחישנו ולא הוצרך הרא"בד ז"ל לאוקומי ההיא לכשחייב מודה בשהודה בב"ד אלא כשלא נתקבל העדות בחיי אביהם דאם נתקבל העדות בחיי אביהם הא ודאי פשיטא דאין צורך להודאה בב"ד וראיה לזה ממ"ש בע"הת בשער י"ד וז"ל ובכל המקומות שפסקנו למעלה שנזקקין ליתומים קטנים יש לנו לברר מאחר שאין מקבלין אלא בפני בע"ד ויתומים קטנים כמי שאינם היאך נדין לאיבם בעניינים כאלו וכל זה השיב הרא"בד ז"ל אולי נאמר כי הב"ד ידעו כל זה ויש מתרצים דרך אחרת על כל אלו והוא שקבלו העדות בחיי אביהם כו' ע"כ אלמא לא הוצרך הרא"בד ז"ל לכל זה אלא לכשלא קבלו העדות בחיי אביהם ולא הוצרך להעמיד' בשהודה בפני ב"ד אלא לאפוקי דבעידי כותה אין מקבלין וגם ראיתי לרב הגדול ז"ל בב"י בח"מ סי' ק"י בעל כ"מ הטור וכגון שנתקבל העדות בחיי אביהם כתב פשוט הוא כו' וכ"כ הר"ן ז"ל בפרק אלמנה ניזונית בשם הרמב"ן והרא"בד ז"ל ע"כ הנה בפירוש כתב הרב ז"ל שהר"ן כתב בשם הרמב"ן והרא"בד ז"ל דאם נתקבל העדות בחיי אביהם נזקקין ליתומים קטנים

אברא שראיתי להר"ן ז"ל בפרק אלמנה ניזונית כשכתב זה שכתב הרא"בד ז"ל דבחייב מודה מיירי כשהודי' בב"ד כתב אבל הרב אב"ד כו' ולפי זה אין ראיה מדברי הרב ז"ל בסי' ק"ח דאם כתב כן הר"ן ז"ל היינו משם הרא"בד ז"ל אבל לא משם הרב אב"ד וידוע דהרא"בד ז"ל והרב אב"ד ז"ל תרי נינהו מ"מ נקוט מהא דלא קאי בסברא זו אלא הרב אב"ד לבדו וה"ל יחיד בדבר הזה ואין המוחזק יכול להטען עלין ולומר קים לי כותיה ועוד אני אומר דמעדותו של הרב ב"י ז"ל בסי' הנז' יש הוכחה שאף הרב אב"ד מוכר דאם נתקבל העדות בחיי האב נזקקין לנכסי יתומים קטנים שהרי הרמב"ן ז"ל הודה לרב אב"ד במה שהעמיד ההיא דחייב מודה בשהודה בב"ד והר"ן ז"ל כתב כפי עדות הרב ז"ל בשם הרמב"ן ז"ל שאם נתקבל העדות בחיי אביהם מקבלין ומינה שאף הרב אב"ד הכי ס"ל ולא העמידה בהודה בב"ד אלא לאפוקי בהודה בעדים אבל בשנתקבל בחיי אביהם הא ודאי כשיטא דנזקקין וגם דברים פשוטים בעיני

מעתה ומעכשיו מ"ש כ"ת דאף דברי הרב בעל הטורים ז"ל מוכיחין כמו שהבין הר"י קריאון בביאור דברי הרמב"ן והרא"בד ז"ל לא צדק בזה כלל דהדרבא מדכתב הרב בעל הטורים ז"ל בסי' ק"ח וכגון שנתקבל העדות בחיי אביהם שמדבר במלוה ע"פ ולא כתב כן בסי' ק"י שמדבר במלוה בשטר היא הוכחה גמורה דס"ל דבמלוה בשטר אין צורך לקבל העדות בחיי אביהם וכדעת אביו הרא"ש ז"ל דמסתמא אינו חולק הרב בעל הטורים ז"ל על אביו אלא דוקא כשחולק עליו בפירוש וכבר נרגש כ"ת מזה וכתב שסמך בסי' ק"י על מה שכתב בסי' ק"ח ונסתייע מדברי הרב בעל משפטי שמואל בסי' קכ"ה ובמחילה מכ"ת אין זה מדרך הפוסק להביא מה שהוא סיוע לדבריו ולהשמיט מה שהוא מנגד לדבריו לא וראה מה שכתב הריב"ש ז"ל בתשובו' סי' תט"ן להרב מהר"ר שאלתיאל על שהביא תחלת דברי הרב בעל העיטור שהם בעזרתו והשמיט סוף דברי כ"ת שהם כנגדו הנה כי כן בנידון שלפנינו השמיט כ"ת מ"ש המכתי שמואל בתירוץ השני וז"ל ועוד י"ל דהתם במלוה בשטר איירי ולא במלוה ע"פ הרי שלפי תירוץ זה ס"ל לרב בעל משפטי שמואל ז"ל דדעת הרב בעל הטורי' דבמלוה בשטר אין צריך שתקובל העדות בחיי אביהם ואף לפי תירוץ זה נמי הכי הוי וכונת התירוץ הוא שסמך על מ"ש בסי' ק"ח שצריך שיקובל העדות בחיי אביהם היכא שיש צורך לזה כגון במלוה ע"פ דבמלוה בשטר אין צורך לזה

ומ"מ כ"ת דמדכתב הרב בעל הטורים ז"ל אפי' הוא מלוה ע"פ נראה דכ"ש מלוה בשטר צריך שתקבל העדות בחיין לא שמיע לי דהרב בעל הטורים ז"ל כתב אפילו מלוה ע"פ להשמיענו דאפילו מלוה ע"פ שאינו גובה מן הלקוחות נגבית מן היורשים באחת משלש דרכים ואין חילוק בזה בין מלוה ע"פ למלוה בשטר וכשכתב וכגון שנתקבל העדות בחיי אביהם אמלוה ע"פ קאמר דבמלוה בשטר אין צורך לזה וכדכתבינן גם מ"ש דמדברי הרב בעל הטורים ז"ל בסי' ק"י גבי ההיא בלוה אביהם ואמר תנו מוכח הכי ליתא דהרב בעל הטורים ז"ל מדבר בכולל בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר וכשכת' ודוקא כשלוה בשטר כו' הוא אחלוקה דמלוה ע"פ דמלוה בשטר אין צריך לומר שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד שלא ע"פי העדים אנו מוציאים מחזקת היתומים אלא ע"פי השטר וכמ"ש מורינו הרב ז"ל

גם מ"ש כ"ת דמדברי מהר"ם אלשיך ז"ל מוכח דס"ל דאפי' נתקבל העדות בחיי האב צריך שההודאה תהיה בפני ב"ד

ב"ד או שלוה בכתב ידו בתחילה מ"מ לא דקדק יפה בדברי מהר"ם אלשי"ך ז"ל שכל עצמו של הר"ם אלשי"ך ז"ל בתשובה הנז' אינו אלא לומר דאע"ג דהיה חייב כודאי שלא פרע ועל זה שמא זוכותן וכיון דאיכא חששא דשמא פרע מה יועיל קבלת העדות בחייו דלא מהני קבלת העדות בחייו אלא בא' מג' דרכים וכ"ש ויש מהעיינים קורא תגר בהוראה זו ואומר על השעבה הראשונה כי אע"ל שעדיות כאלו שאינם ברורים כי אם אפילו כאו עדים והעידו בשעת מיתה הודה בפירוש אין מקבלין ע"כ לא תיזוק מינה שדעתו דבנידון שלו אפילו הודה בפירוש אין מקבלין עדותן אלא כלפי מה שכלה המורה הראשון לומר כי מכח נ' עדים אלו נראה שלא פרע שמעון לראובן בחייו כתב שאין כאן הוכחה שהרין נותן בעלמא דאפילו באו עידי הודאה ברורים אין מקבלין כ"ש דאין כאן הודאה ויה ברור ותמה על עצמך איך איכשר לו' דעל כיון דידיה קאמר והוא נתן טעם שאין מקבלין עדות בפני בע"ד והרי בנידון שלו כבר היה מקובל מחיים לא היה צורך כי אם לידע שלא פרע וכיון שהודה בשעת מיתתו ודאי שלא פרע ומ"מ כ"ת דמדברי הרש"ך ז"ל ח"א כך נראה בספר הרש"ך שלי חסר עשרה סימנין הראשונים ובעיר הזאת לא נמצא אחר אולי אם הייתי רואה דברים ככתבן הייתי מראה פנים שהרב ז"ל לא יכחיש המוחש ודברים שהסכימו כל הפוסקים עליהם

ואבא היום אל מ"ש כ"ת דהשטר שהוציא הר' יהודה הוא בחזקת פרוע והביא ראיה מתשובת הרא"ש ז"ל הובאה בטור ח"מ סי' ע"א סכ"ב ולע"ד אין משם ראיה לנדון שלפנינו דבתשובת הרא"ש ז"ל איכא עידי פרעון השטר משא"כ בנדון שלנו אלא מחמת השטר שהוציא הר' יהודה ובזה יפה טען הר' יצחק מורשה היתום דאולי ממה שהרויחו מעות היתום כתן ת"ל גרוש' לאביו והחוב שלו כדקאי קאי ומה שטען הר' יהודה איפשר שלא הרויחו אין זו טענת מספקת לבטל שטר מקויים גם מה שטען שהחנות שקנה הר' יהודה זקנו של הר' יקותיאל יצ"ו בכנסה החנות אין לשון השטר מוכיח כן שהשטר כתוב ת"ל גרוש' ואזור א' זהב ואיצטפאני ואם איתא דהחנות היא בכלל כשם שחילק האזור ואיצטיפאנו ולא כללם במעות היה לו ג"כ לחלק החנו' ולא לכוללה במעות ומה שמביא ראיה לזה ממה שבכלל הת"ל גרוש' כתן החנות אין מכאן ראיה דשמא המת היה חושב דהחנות והחצי היה שוה כפלים והיה די והותר לכדי חובו והראיה על זה שאפילו נודה להר' יהודה בזה שהכי קנויות וחצי הם בכלל הת"ל עדיין אינם שוים הסך ההוא וכמו שטען הר' יצחק והר' יהודה הודה לו בזה באופן דכיון דאין כאן עידי פרעון על השטר כנדון הרא"ש ז"ל ואיכא למתלי שהשטר שהוציא הר' יהודה הוא מהריוח זכה היתום בדינו דכבר ידוע דאין לנו להוציא שטר מקויים מחזקתו כמו שמבואר בדברי הפוסקים אין צורך להאריך

ועוד אני אומר דכיון דבנדון שלנו כתוב ובנאמנות גמורה כו' מלת כו' מהני לגויי פטור בפירוש אף ליורשים כמ"ש הרשד"ס ז"ל בחלק א"ה סימן קי"ו וסי' קע"ד ורי"ו ורכ"ט ומהרש"ך בח"ב סימן ל"ז ומהר"א ששון ז"ל סימן כ"ג ומהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ל"א ומהר"י הלוי ז"ל בתשובה סימן י"ט ומהר"ש הלוי והר' דוד ברוך ז"ל הובאו דבריהם בתהר"י אדרבי ז"ל סימן ש"ו ושכ"ז ואע"פ שמצאתי למהרא"ב ז"ל בתשובה סימן ז' שחולק על זה אין דבריו עומדין בפני כל הני רבוותא ז"ל שהזכרתי •

איברא שהיה מקום לומר דכיון דאפילו פיטור בפירוש לו וליורשיו איכא פלוגתא בינייהו רבוותא דאיכא מאן דס"ל דכיון דכתב פטור בפירוש אף ליורשיו מהני אף ליורשין ואיכא מאן דס"ל דלא מהני ליורשין בטור א"ה סי' כ"ח וח"מ סימן ע"א היה יכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דאפי' פיטור בפירוש לא מהני ליורשין וכ"ש כשכוללן בלשון כו' אלא כיון דאיכא קנין בשטר לכ"ע מהני פטור בפירוש וכמ"ש באריכה במקום אחר (הגה"ה היא בסימן ס"ה מהחלק הזה וגם' בכנה"ג חלק ח"מ סי' ע"א בהגה"ה הטור אות ס"ג)

ומ"ש עוד דהוכחנו דשטר זה בחזקתו עומד והודה בשעת מיתה על חוב שחייב בשטר אין צורך שתקובל בחיי האב אמר מעתה שזכה היתום יקותיאל בדינו לגבות שטר זה מנכסי היתומים אפי' הם קטנים ואם מחמת הדין הוא קודם לגבות קודם האלמנה הוא יגבה תחילה ואם למה שהסכים כ"ת דאין בזה דין שטר מ"מ יש לסמוך על הרשד"ס ז"ל שפסק הלכה למעשה עדות לואה בפני האפוטרופוס וכתבתי למעלה שכן הסכימו מורי הרב ובעל משפט צדק ז"ל והרב מהרח"ש ז"ל בספר משפט צדק ח"א סימן ט"ו וכן מצאתי להרא"ב ז"ל בתשו' כ"י סימן קפ"ב וכן נראה מדברי הרב בעל ת"י סי' ע"ח והרדב"ז ז"ל בתשובה כ"י ומהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ל"א ואף שהרבנים הגדולים מהריב"ל ומהר"י אדרבי ומשפטי שמואל ומהר"י קאריאון ומהרש"ך ומהר"ס אלשי"ך סוברים דאין מקבלין עידי לוה בפני אפוטרופוס וכ"ל שדעת הרב מהר"ד אליה הלוי ז"ל שהובא בספר ת"י סימן ע"ח כן דכיון דאיכא פלוגתא לא מפקינן מיד היורשים המוחזקים ובזה ניצול מטענת הרב בעל הספר שהשיג עליו דמי הכריחו לפסוק כמ"ד דאין מקבלין עידי לוה בפני אפוטרופוס וא"כ הכא נמי שיכולים היתומים לומר קים לן כמ"ד דעידי לוה אין מקבלין אותם בפני האפוטרופו' הא לאו מילתא היא שכבר כתבו הרשד"ס ומורי הרב ובעל משפט צדק דביתומים קטנים אין לומר קים לי וכי תימא מה רואה הרואנו בזה הרי שאר רבוותא סוברים דיכולין לומר קי"ל וחזר הדין שהיתומים שהם מוחזקים יאמרו קי"ל כמ"ד שיכולין לומר קים לי ואע"ג דהוי תרי ספיקי כבר עלתה הסכמת מורי הרב ז"ל בח"א סימן קי"ד ובחלק ח"מ סי' כ"ח ונ"ג וס"ז דכל שאתה מרבה בספקות וספיקי ספקות לא מפקינן מיד המוחזק הא נמי לאו מילתא דכיון דאיכא פלוגתא אי יכול לומר קים לי או אינו יכול לומר קים לי או אין לומר קים לי כי כיון דבהא קיימינן כמ"ש מהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סימן כ"ב ונ"ג וס"ו והוא נלמד ממ"ש מהריב"ל ז"ל בס"א כלל י"ג סימן ע"ז וכלל י"ד סימן ס"ד וכ"א וח"ב סימן מ"א ומהרש"ך ז"ל ח"א סימן קל"ג ומהרש"ח ז"ל בתשובותיו סימן כ"ד ול"ד ול"ז ומהרח"ש ז"ל בתשובותיו השייכות לא"ה סימן כ"ט ומ"ו ונ"ד ומורי הרב ז"ל בח"א סימן ע"ב וקכ"א וקנ"ב ומשפט צדק ח"א סי' י"א וכלילת כ"י סימן כ"ח דהיכא דפליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק אין לומר קים לי כיון דבהא פליגי וכתבו מהרש"ח ז"ל בתשובותיו סימן ל"ז ומהרח"ש ז"ל בסי' מ"ו דכיון דאין לומר קים לי אית לן למיזל בתר הרוב והכא בנ"ד חזינן שהרוב סוברים דזוקקין לנכסי יתומים ומה גם בהצטרף הסוברים דבעידי לוה מקבלים לסוברי' דבהודה בשעת מיתה אין צורך שתקובל העדות בחיי האב •

והשתא דאתית להכי אפי' תימא שדע' הרא"ב"ד והרמב"ן ז"ל דאף בשטר אין מקבלין אם לא הודה בפני ב"ד אין היתומים יכולין לומר קים לי כיון דאיכא דרבוותא דסברי דאינו יכול לומר קים לי אין לומר קים לי ואית לן למיזל

למיזל בתר הרוב דסברי דבשטר מקויים והול' מיקקין לנכסי יתומים וזה בהגחה שהשטר שלפנינו הוא בחזקתו כמו שהוכחתי ואע"פ דמהר"י הלוי ז"ל בסימן כ"ג הביא דעת מי שחולק עליו בכלל יה ואומר דהיכא דהמחלוקת הוא במטלטלין אפי' היכא דפליגי לא יכול המוחזק לומר קים לי או אינו יכול לו' קי"ל יכול לו' קי"ל ובתש' אחרת העליתי כדברי החכם החולק מ"מ חזר הדין למחלוקת ואינו יכול לומר קים לי כמ"ד דיכול לומר קים לי כיון דיש חולקים ואומרים דאינו יכול לומר קי"ל ושכבר כתבתי דכל זה לפי דברי כ"ת דלדידי אין צורך לכל זה וכמו שכבר כתבתי והוכחתי כן · כללן של דברים שזכה היתום יקותיאל במה שהודאביו בשעת מותו שחייב לו השטר חוב הנלע"ד כתבתי

הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ע"ו

קושט' אמון השפ"א לגביר מורי חמי כמה"ר דוד הכהן כר"ו

שאלה שמעון ולוי אחים ולא יתפרדו בכל דבר שבממון לקחו משני ערלים כ"כ סחורה בהקפה עד זמן מוגבל ואחר עבור ימים או עשור מטה ידם ונשארו חייבים לערלים הנז' סך מעות ומחמת איזה מחלוקת שנפלה ביניהם בררו להם דיינים והדיינים הנז' פסקו ביניהם ששמעון יפרע לערל א' סך מעות הנז' · בקומרותיסו ולוי יפרע השאר לערל האחר וכל זמן ששמעון יפרע לערל שחייבוהו הדיינים שנשאר הוא חייב לו אין ללוי עסק ודברים עם שמעון וכן כל זמן שלוי יפר' לערל שנשאר חייב לו אין לשמעון עסק ודברים עם לוי ולפי ששמעון הנז' היה הולך לדרכו חוץ לעיר ולוי היה ירא שמא יבא הערל לתבוע ממנו של ששמעון שיתן לו ערב בעד חובו שחייב לערל או שיתן לו משכון וכן עשה שמעון ושעבד לו הוג'ארה הידועה לו במקום פ' ועשה לו שטר על זה וכתוב בתוכו ולפי ששמעון הולך לדרכו לכן לבטחון ביד לוי שעבד ומשכן ההוג'ארה הידועה לו כו' שאם ח"ו יקרה שום מקרה לשמעון או אם יתעכב ולא יבא מהיום עד פ' ימים ויבואו הסוחרים הנז' לתבוע החלק של שמעון ולוי מעתה מסר מפתחות ההוג'ארה ביד יהודה ונתן לו רשות שימסור את הפתחות ללוי ולמכור ההוג'ארה וקנינא כו' בב"ד חשוב כו' ונשבע שבועה חמורה על דעת המב"ה כו' לקיים כל הנז' למעלה דלא כאסמכתא כו' בתוך הימים האלה בא ש' ומכר ההוג'ארה הנז' לר' ועשה שטר מכירה על זה ועתה טוען לוי שההוג'ארה היא משועבדת לו מזמן מוקדם מחמת שטר השעבוד וראובן הוציא שטר חוב על לוי שחייב לו כ"כ מעות ולבטחון בידו נתן לו בתורת משכון שטר א' שהיה לו על יהודה עד שיפרע' לו חובו ולוי טוען שיפרע מן השטר ההוא וראובן טוען שאינו רוצה ליפרע אלא מן ההוג'ארה אם יעלה הדין שהיא משועבדת ללוי עוד הוציא ראובן שטר חוב בעדים בשעבוד נכסים על שמעון מוקדם משטר השעבוד של לוי וזמן לא היה מכתיבת ידי הסופר אם מכתיבת ידי אחר עוד טוען ראובן שלו יהיה שההוג'ארה הזאת היא משועבדת ללוי מחמת החוב שפרע לערל בעד שמעון שרוצה לפרוע לו שוי מה שפרע לערל דרך משל אם חוב הערל על שמעון מאה פרחים והוא פרע לערל נ' ונתרצה בכך יפרע לו נ' יורינו מורה לדק הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה לכאורה היה נראה שלדק לוי בטענתו ומוציאין ההוג'ארה מיד ראובן כיון שיש בידו שטר כתוב וחתום כ"ית ובהלכה שמעון שעבד לו ההוג'ארה קודם שמכר אותה לשמעון אבל אחר העיון וההשקפה בכל פרטי השאלה נראה לע"ד שאין מוציאין ההוג'ארה מיד ראובן ואם באנו לחייב את לוי מחמת שכתוב בשטר משכן ושעבד ואין בידו שטר משכונא זה אינו כלום שהרי כתב הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בב"י ח"מ סימן ס"ו שהמודה שהקנה לחבירו כך וכך הקנאה כתקנה משמע וכן דעת הראב"ד ז"ל שהביא הרב בעל הטורים ז"ל בסימן ס' סי"ג וכן נראה דעת הרי"ף ז"ל שהובאה שם סימן הנז' סי"ב וכן כתב מהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ל"ד שאפילו הרי"ף ז"ל לא חלק שם אלא בלשון כתתי שנראה לשון הקנאה אבל בלשון הודאה לא יחלוק ע"כ

ונראה ששעבד ומשכן לו הוג' ארה כו' הוי טפי לשון הודאה מלשון הקנאה ומה גם שמסר לו המפתח של ההוג'ארה ועוד דאע"ג דאיכא פלוגתא בלשון נתתי אי הקנאה משמע אי הודאה משמע כיון דאיכא שבוע' קטינן להחמיר וה"ה הכא אם נאמר הכא דשעב' ומשכן דמי לנתתי וכל שכן אי כתוב בשטר זה יד בעל השטר על העליונה דלכולי עלמא לשון הודאה משמע (הגה"ה אחר זמן רב בא לידי תשובה אחת כתיבת יד ממהר"ר עזריה יהושע ז"ל וראיתי לו כתב כן והסכים עמו מהרח"ש ז"ל עד כאן הגה"ה)

ורבים מגדולי הפוסקים סוברים דכל שכתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי בכל לשון משמע יד בעל השטר על העליונה כמו שכתב רבינו ירוחם ז"ל בנ"ד ח"ד בשם רבינו סעדיה גאון ז"ל והביא דבריו הרב בב"י ז"ל סימן מ"ב מחודשין ג' וכתב שכן כתב הרמב"ן ז"ל בפרק חזקת הבתים והר"ן ונ"י שם והריב"ש בסימן שמ"ה ולזה הסכימו הרשד"ם ז"ל בחלק משפט סימן נ"ו ומהרש"ך ז"ל חלק א' סימן קי"א וי"ג וכ"א וק"פ וחלק ב' סימן ק"כ וקכ"ה ומהריב"ל ספר א' סימן ס"ז וקי"ה וכן נראה הסכמת ספר התפה וספר הלבוש והסמ"ע ז"ל שסתמו דבריהם כדברי הרב ז"ל בספר הקצר וכך נראין דברי בעל משפט לדק חלק ב' סימן כ"א ובסימן כ"ג כתב דלא מצא חולק לרב סעדיה גאון ז"ל (הגה"ה וכן כתב מהר"א מוכשון ז"ל בתשובה למורי הרב ח"א סימן קכ"ב ומהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סימן נ' ע"כ הגה"ה) אבל הרא"ש ז"ל בתשובה סימן כ"א כתב דברי רב סעדיה אינם מוסכמים מכל הפוסקים ומהרש"ח ז"ל בביאורו לח"מ סימן מ"ב ובתשובה סימן ז' כתב דדבר זה הוא מחלוקת בין הפוסקים ואין לדון כדברי רב סעדיה גם בעל משפט לדק חלק שני סימן ע"ג כתב ויש חולקים ומידי ספק לא יצאנו וכן כתב הרש"ט ז"ל בספר שארית יהודה (הגה"ה וכן כתב מורי הרב ז"ל בתשובה חלק א' סימן קכ"ב דהאידנא בשטרות שלנו שנהגו לכתוב דלא כאסמכתא כו' יד בעל השטר על התחתונה וכן כתב בהלק ח"מ סימן פ"א ועיין שם בסימן ק"ב וק"ו וכן כתב גדולי תרומה בדף קפ"ה והרא"ד"ב ז"ל בתשובה כתיבת יד סימן י' וסימן מ"ט ע"כ הגה"ה) ולכאורה יראה דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא המע"ה (הגה"ה וכן יראה מדברי מהרש"ט בספר שארית יהודה ובעל גדולי תרומה והרא"ד"ב בתשובה כתיבת יד עד כאן הגה"ה) וליתא אלא כיון דאיכא פלוגתא אי אמרינן יד בעל השטר על תחתונה או דאי אמרינן יד בעל השטר על התחתונה נקרא מוציא כמו שכתבו ההגהות

שפוף שלבות מלוה ואי אמרינן יד בעל השטר על העליונה לא הוי מוקמי' לישנא דבהא ופליגי אי הוי מוחזק הו"לא וכיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק אי לא אין לומר קים לי כיון דבהא פליגי כמו שכתב מהריב"ל ז"ל ספר א' כלל י"ג וכלל י"ד סימן ש"ד וכ"א וספר ב' סימן מ"א ומהרש"ך חלק א' סימן קל"ג ומהרי"ח ז"ל בתשובה סימן כ"ד ול"ד ול"ו • ומשפט כ"ק חלק א' סימן י"א (הגה"ה ומהרח"ש ז"ל בתשובותיו השייכות לאבן העזר סימן כ"ט ומ"ו וכ"ר ומורי הרב ז"ל חלק א' סימן ע"ב וקכ"ד ופליטת בית יהודה סימן כ"ח וכן דעת הר"י הלוי ז"ל בסימן כ"ב וכ"ג וס"ו ואפילו לבר פלוגתיה החולק שם יודה בכאן וכתב מהרח"ש בסימן ל"ז (הגה"ה ומהרח"ש בסימן מ"ו עד כאן הגה"ה) דכיון דאין לומר קים לי אית לן למיזל בתר רוב הפוסקים והא רוב הפוסקים סוברי' דאם כתוב בשטר דלא כא זמנת' יד בעל השטר על העליונה ועוד דאפילו תימא כיון דאיכא פלוגתא הוי"לא ישתבירו עליו הראיה כיון שיש שבועה בדבר כקיימא לן להחמיר כרוב הפוסקים •

אבל אם יש לחייב את הלוי הוא מחמת השטר שהוציא ראובן על שמעון בשעבוד כל נכסיו מוקדם משטר לוי על שמעון שההוא'ארה משועבדת לו קודם שנשתעבד ללוי ואע"ג דלכאורה נראה דאין בזה ממש דכיון דהיתה משועבדת ההוא'ארה אלו מחמת חוב למה קנה אותה בדמים הרי זה דומה לשני שטרות שיוצאין על שדה אחת שביטל שני את הראשון אם לא שראשון במכר או שני במתנה או איפכא או אם הוסיף בשני דקלא או שום דבר שאמרינן קיימין אבל הכא בכהון שלנו אין בשטר השני יפוי כח מן הראשון דכמו דבשטר הראשון אם טרפה בחובו אית בה דינא דבר מלוה והמלוה מוציאה מידו כמו שכתב הרמב"ם בפ' י"ג מהלכות שכנים הביא דבריו בספר הטורי' ז"ל סימן קע"ה אף בשטר השני שהוא שטר מכירה אית בה דינא דבר מצרא וכיון שכיון שלפניכו הוי כב' שטרות היוצאין על שדה א' ביטל שני את הראשון והזמן אינו כמתנה אלא מזמן השני ואילך והוי זמנו מאוחר משטר השעבוד שמשועבד ללוי וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק ה' מהלכות זכיה ומתנה והוא מפורש בפרק נערה שנתפתתה וה"ה כמי בשטר חוב ושטר מכר דליכא יפוי כח בזה משום ביטל שני את הראשון ולא עוד אלא אפי' א'במכר ושני במתנ'באחריות ביטל שני את הראשון כיון דאית ביה דינא דבר מצרא דמתנה באחריות לית בה דינא דבר מצרא או אפי' ראשון במתנה ושני במכר בלא אחריות כגון שפירש שאין אחריותו עליו דאי על הסתם אף על פי שלא כתב אחריות טעות סופר הוא וכדאמרינן בכמה דוכתי ביטל שני את הראשון כיון דליכא למימר דמשום אחריות כתבה ולא שייך הכא לומר משכנתא לית בה דינא דבר מצרא וכיון שהיתה משועבד' אלו אע"פ שקנאו אחר כך לית בה דינא דבר מצרא דלא אמרו משכנתא לית בה דינא דבר מצרא אלא במשכן או שעבד לו קרקע משויים אבל בשטר זה שלא שעבד לו דבר אלא שעבד לו נכסיו על הסתם אית ביה דיני' דבר מצרא ואף על זה כתב הרמב"ם ז"ל שבעל חוב שטרף בחובו המצרן מסלקו ועוד אפילו תימא דלית ביה דינא דבר מצרא מה שאינו לא הרויחו כלום דכיון דאפי' בשטר הראשון לא היה לו דינא דבר מצרא ואם בעל המכר היה אומר אני אלוה לך כי שמא כונתך להטריס למכר' למלוה אין שומעין לו דמצי למימר האיך ניחא לי ללוות ממנו כי ירויח לי הזמן ולא יגוש אותי וכמו שכתב הרב בעל הטורים בסימן קע"ה אף על פי שיש הולקים אבל כן מה יתן ומה יוסיף שטר המכירה כיון דבין הכי ובין הכי לית בה דינא דבר מצרא והוי כשני שטרות של מכר או של מתנה דלית ביה תוספת ביטל שני את הראשון

הגה ליתא דאיכא למימר בשביל כך קנה אותה משום דאם לא היה קונה אותה אשר שיסלקוה בדמים ויקחו' מידו שהלוקח יכול לסלק הב"ח במעות כמו שאמרו בפ"ד ועוד שהמלוה עצמו היה יכול לסלקו בדמים וכל זה ברור מכח הסברא ומצאתי בתשובה להרב מהר"ר אהרן ז"ל סי' ק"ה כתב ולא דמי לכיון דידן דהיא ושני שטרות כו' דהתם בראשון לחודיה שני אבל הכא השטר והמשכנתא שכירים נכריים לכותל א' כו' ע"כ נראה מדבריו דכל דאיכ'למיתלי דבשביל תוס'כל דהו הוצרך לכתוב השט'האחרון לא אמרי'ביטל שני את הראשון אף בנ"ד כיון דאיכא למיתלי דבשביל כך קנאה כדי שלא יקחוה מידו כמ"ש לא אמרינן ביה ביטל שני את הראשון ויתנה הזמן הזמן הראשון שנשעבדה לראובן ושוב מצאתי למהר"ם מטראני ז"ל בחלק א' סימן קי"א כתב דראשון במשכנתא ושני במכר לא ביטל שני את הראשון •

ומעתה הנחתי לך מקום לגבות משני חריאין לזכות ללוי כיון שהקרקע שהניח לו ב"ח אינו במדינת הב"ח ויכול לומר איני רוצה מאותם שדות לטרוח ולהוציא מנה על מנה וכמו שכתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל בתשובותיה' והרב בעל הטורים בחשן משפט סימן קי"א והרשב"א ז"ל בתשובה סימן אלף וה' הרחיב הדברים וכתב כך דעתי נוטה שיגבה מן המשועבדין המלויין כאן כדי שלא יצטרך להוציא מאתים על מנה ומ"ש שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אינו מן הדין אלא מן התקנה ולא תקנו להרויח את הלקוחות ולהפסיד למלוה בשטר שאם כן אתה נועל דלת בפני לווין ומי שהלוה מנה לחבירו ילך אחר בני הורין ובאותה שאמרו כו'

ומ"מ לא כל המקומות שוין שאם היו בני חורין במקום קרוב הרבה תוך ג' פרסאות אין אומרים בכי האי גוונא גובה מן המשועבדין כדי שלא יצטרך לטרוח ללכת שם שהרי במלוה אומר נידון בפני פ' ולוה אומר נלך למקום אחר וכיון בפני פ' כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא אין כופין את הלוה בכך כמ"ש בראש פרק זה בורר אע"פ שאמרו שומעין למלוה בזה אומר נדון כאן וכו' ואומ' נלך לבית הועד משום דעבד לוה לאיש מלוה ואעפ"כ שב"ד שלרב חסדא א"א להיות תוך ג' פרסאות לבית דין של רב הונא ע"כ

ויראה שמ"ש ואעפ"כ שבית דינו של רב חסדא כו'כוונתו לומר דכיון דרב חסדא תלמיד רב הונא היה לא היה לו לקבוע ב"ד תוך ג'פרסאות אלא חוץ לג'פרסאות היה ותימא הוא בעיני שהרי הוא ז"ל כתב ומ"מ לא כל המקומות שוים שאם היו בני חורין במקום קרוב הרבה כמו תוך ג' פרסאות אין אומרים בכי האי גוונא גובה מן המשועבדין שהרי במלוה כו' ונראה מדבריו שרוצה להביא ראיה דתוך ג' פרסאות מקרי מקום קרוב הרבה ואין אומרים בכה"ג גובה מן המשועבדים מה"ש בפרק זה בורר כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא דמצי לוה לעכב כיון דליכא טירחא כל כך וכיון שכן הוא איך סיים בהכך וכתב ואע"פ שב"ד של רב חסדא כו' דמשמע דמפרק זה בורר איכא ראיה אפי' חוץ לג' פרסאות ולומר שהרב ז"ל מביא ראיה במכל שכן דכיון דחזינן דלגבי מלוה ולוה ליכא טירחא אפי' חוץ לג' פרסאות כל שכן תוך פרסאות ג' לא

משמע הכי מתוך לשונו ועוד אם מפרק זה בורר יש ראיה אפי' חוץ לג' פרסאות או אני כאמר דגם בנדון זה אפי' חוץ לג' פרסאות מיקרי מקום קרוב ומי זה אשר דחוק לשלש פרסאות יגבה מן המשועבדים כשיטת הרשב"א ז"ל ומה הפרש בין מלוה ללוה לכיון הרשב"א ז"ל ועוד אפילו כשבול הדוחק היה ונפרש כן בדברי הרשב"א ז"ל מה נדבר בתשו' אחרת שמצאתי להרשב"א ז"ל הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ד וז"ל מיהו אלו היה ב"ד יפה סמוך לעירם תוך שלשה פרסאות אי נתי שאין בעירם יודע הדין אף ללוה שומעין לומ' נלך לב"ד היפה הסמוך לנו וכדמוכח בפרק זה בורר דאמרינן ואפי' לוה מצי מעכב כו' כדאמר ר"י בערכאות שבסוריא שאנו כו' רב פפא אמר אפי' תימא מומחין כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא דאמר מי קא מטרחנא לך והדבר ידוע דרב חסדא תלמיד של רב הונא היה ואסור לתלמיד להורות תוך ג' פרסאות של רבו אלמא תוך שלשה פרסאות אף הלוה יכול לעכב ולומר לב"ד הגדול אני הולך דעכשיו אין המלוה צריך להוציא הוצאות ואין לו טורח

ע"כ

ותמהני שהרי הוא ז"ל כתב בראש דבריו דדוקא תוך ג' פרסאות שומעין ללוה לומר נלך לב"ד היפה ומשמע דחוץ לשלש פרסאות אין שומעין לו ומביא על זה ראיה מפרק זה בורר ואחר כך כתב בהפך והדבר ידוע לרב חסדא תלמיד דרב הונא כו' דנראה דמפרק זה בורר יש ראיה אפי' חוץ לג' פרסאות ומן התימא עוד שחזר וכתב אלמא תוך ג' פרסאות אף הלוה יכול לעכב כו' והיה אפשר לפרש בכונת הרשב"א ז"ל דס"ל דדוקא תוך ג' פרסאות יכול לעכב אבל חוץ לג' פרסאות לא ומביא ראיה על זה מפרק זה בורר אלא דקשיא ליה על זה שהרי בפרק זה בורר דלא קאי הכי לפי המסקנא וכמו שיראה הרואה שם וכיון דלפי המסקנא ליכא למשמע מהאי דינא דרב פפא מנ"ל לומר דתוך ג' פרסאות יכול לעכב ולזה כתב הרשב"א והדבר ידוע דרב חסדא תלמיד רב הונא ואסור לתלמיד להורות תוך ג' פרסאות לרבו כלו' וכיון דהדבר ידוע דהתם בפרק ז"ב מיירי חוץ לג' פרסאות כהי דלפי המסקנא לא קאי הך דרב פפא היינו דוקא חוץ לשלש פרסאות אבל תוך לג' פרסאות יכול לעכב ולכך סיים דבריו אלמא תוך ג' פרסאות אף הלוה יכול לעכב וכך יש לפרש בתשובה דסימן אלף ה' בענין נכסים משועבדים שרצה הרב ז"ל ללמוד מפרק זה בורר דתוך ג' פרסאות ליכא טירחא וכתב ומ"מ לא כל המקומות שוין שאם היו בני חורין במקום קרוב הרבה כמו תוך ג' פרסאות אין אומרים בכה"ג גובה מנכסים משועבדים שהרי במלוה אומר כו' כלומר שהרי במלוה אומר בפרק זה בורר דאפילו לוה יכול לעכב ואע"פ שב"ד של רב חסדא א"א להיות תוך ג' פרסאות לב"ד של רב הונא ואי לא קאי לפי המסקנא היינו דוקא חוץ לג' פרסאות אבל תוך ג"פ הדין כך דאפי' לוה מצי מעכב דליכא טירחא וה"ה נמי בנ"ד דליכא טירחא גובה מן המשועבדין אם הוא תוך שלשה

פרסאות

אבל זה אינו שוה לי דאם כך הוא דלפי המסקנא לא קאי הך דרב פפא איך כתב הרשב"א בתשו' שהביא הרב ז"ל בב"י סימן י"ד כלשון הזה מיהו אלו היה ב"ד יפה כו' א"כ שאין בעירם יודע הדין אף ללוה שומעין כו' וכדמוכח בפרק ז"ב דאמרינן דאפילו לוה מצי מעכב כו' כדאמר ר"י בערכאות שבסוריא שאנו ע"כ והנראה שזה שכתב אי נתי שאין בעירם יודע הדין יכול לעכב למדה מהא דאמר ר"י בערכאות שבסוריא שאנו ואי הך סוגיא לא קאי לפי המסקנא מנ"ל דאי אין בעירם יודע הדין שיכול

לעכב ועוד דאפי' דלא קאי הכי לפי המסקנא מ"מ דינו של ר"י ורב פפא דין אמת כיון דבמילתייהו לא פריכו מידי וכמ"ש הסמ"ג בעשין צ"ז והגהות אשירי פז"ב וכיון שדינו של רב פפא אמת יהא הדין כן אף חוץ לג' פרסאות ועוד דאפילו כאמר דלפי המסקנא לא קאי הכי בין חוץ לג"פ בתוך ג"פ

נימא דאפי' תוך ג"פ אינו יכול לעכב

וכדי להבין כונת הרשב"א ז"ל בתשובה זו יש לתמוה עליו תמיהה אחת ובזה נבא אל תכלית כונת התשובה

איכא למידק דמדברי הרשב"א ז"ל נראה דתוך ג' פרסאות אם הלוה מעכב שלא לידון בב"ד זה אלא בב"ד אחר הסמוך לו שומעין לו והולך המלוה אחריו לדון בב"ד שהוא רוצה ומביא ראיה על זה מפרק זה בורר והרואה יראה שבפז"ב ליכא ראיה לכוף למלוה לילך אחר הלוה במקום שהוא רוצה אפילו תוך ג' פרסאות שהרי רב פפא קאי אמאי דפריך ואפילו לוה מצי מעכב ותירץ רב פפא דהטעם דבין לוה בין מלוה יכולין לעכב הוא בב"ד דרב הונא ורב חסדא ולכך יכולין לעכב שניהם אבל לא שיהא כל אחד מוכרח ללכת אחר חבירו אלא זה בורר וזה בורר ולכן כר' שכונת הרשב"א ז"ל בתשובה זו דתוך ג' פרסאות יכול הלוה לעכב ולכו' למלו' למקום שהוא רוצה כיון דליכא טירחא וליכא הוצאה והוא לג' פרסאות לא זה יכול לכוף לזה ולא זה יכול לכוף לזה אלא זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד וכך הוא פירוש דברי הרשב"א ז"ל בתשובה זו מיהו אלו היה ב"ד יפה סמוך לעירם תוך ג' פרסאות אף ללוה שומעין נלך לב"ד היפה סמוך לנו כלומר ויכול לכוף למלוה ללכת אחריו וכדמוכח בפז"ב ואע"ג דבפז"ב משמע שלא זה יכול לכוף את זה ולא זה"ז שאני התם דמיירי חוץ לג' פרסאות שהרי הדבר ידוע דרב חסדא תלמיד רב הונא היה ואסור להורות תוך ג' פרסאות לרבו וכיון דהתם איירי חוץ לג' פרסאות ואינן יכולין לכוף זה את זה אלמא תוך ג' פרסאות אפילו הלוה יכול לעכב ולכוף המלוה לבא אחריו לב"ד הגדול כך הוא ביאור תשובת הרשב"א ז"ל וזה הוא עצמו כונת דבריו בתשובה סי' אלף וה' במ"ש ומ"מ לא כל המקומות שוין שהרי במלוה אומר כו' כלומר לא כל המקומות שוין אלא אם הוא תוך ג' פרסאות אין אומרים בכה"ג גובה מן המשועבדין שהרי במלוה אומר כו' כגון בי דינא דרב הונא ורב חסדא אין כופין את הלוה בכך כלומר אין כופין לא את הלוה לילך אחר המלוה ולא למלוה לילך אחר הלוה ואע"פ שב"ד של רב הונא א"א להיות תוך ג' פרסאות לב"ד של רב חסדא ומתמהינו דאפי' חוץ לג' פרסאות אין כופין לא זה את זה ולא זה את זה הוא ג' פרסאות כופין המלוה ללכת אחר הלוה דליכא טירחא ולא הוצאה וה"ה בנ"ד דאם הוא תוך שלש פרסאות אינו גובה מנכסים

משועבדים

ועל דרך זה יש לפרש מ"ש הרב הנמקי וז"ל ועוד כתבו מן האחרונים ז"ל נקטינן דכל דאיכא מומחין ויש בהם גדולים מהם שומעין בין ללוה בין למלוה בפני ב"ד הגדול כאוקמתא דרב פפא כו' ע"כ ופירוש דבריהם כך הוא דהיכא דיש בעיר מומחין ויש גדולים מהם שומעין בין למלו' בין ללוה כלומר וכל אחד ואחד יש לעכב את חבירו לדון בפני ב"ד הגדול עד שיבררו ב"ד השוה לשניהם או זה יברור אחד או זה יברור אחד דהלת"ה אלא דיכול הלוה לעכב את המלוה לכופו ללכת אחריו ויכול המלו' לכוף ללוה ללכת אחריו היאך נפיק זה מדברי רב פפא הא מדברי רב פפא ליכא למשמע אלא דזה יכול לעכב על זה וזה יכול לעכב על זה עד שזה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד אלא ודאי כדפרישנא ומוכרח לו כן דאם כונת דבריהם לומר דבין המלוה בין הלוה יכול לומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה שהוא ב"ד הגדול

שבבבל

כשביל דין חבירו יאמר כך אני הוא יאמר כך מי יימן ביניה' ושמו שהקשה הרב ז"ל בב"י על דברי הסמ"ג אוא ודאי כוונת דבריהם כמ"ש וכמו שפירש הרב ז"ל דברי הסמ"ג ומשנימי' דברי' אין המפרשים עם מ"ש בכוונת תשובת הרשב"א ז"ל אלא שיש הפרש ביניהם דלדעת הרשב"א ז"ל חוץ לשלש פרסאות מעכבין זה את זה עד שירצו בב"ד השוה להם ותוך שלש' פרסאות הלוה יכול לכוף את המלוה ואלו המפרשי' סוברים שאפילו תוך שלש' מעכבין זה את זה עד שירצו בב"ד השוה להם ומחלוקתם תלוי בפלו' בפ"ג כגון כי דינא דרב הונא ורב חסדא שהרשב"א ז"ל סובר כדברי התוס' דכי דינא דרב חסדא היה חוץ לשלש פרסאות משום דינא דרב הונא ואלו המפרשים סוברים דתוך לשלש פרסאות הוה כמו שכל מדברי רש"י ז"ל ואיפשר נמי דאלו המפרשים לא פליגי על הרשב"א ז"ל אף בזה יסוויין כדבריהם

וראיתי לרב המגיד ז"ל בפ"א מהמ"ו שכתב דין זה בשם הרשב"א ז"ל וכתב ואין לדין זה ראיה ברורה ע"כ ואע"פי שהרשב"א ז"ל הביא ראיה מפו"ב איפשר לומר דס"ל לרב המגיד ז"ל דכיון דמפרק זה נורר ליכא ראיה שיכוף הלוה לתלוה אלא שכופין זה לזה לא נשמע מדרגות לות' דתוך שלש פרסאות יכול לכוף הלוה למלוה ומינה נשמע דתוך שלש פרסאות יכול הלוקח לכוף למלוה ליקח בני חורין ולפי מ"ש בכוונת הרשב"א ז"ל יצא לנו סיוע במנהגינו שנוהגין במתא קושט' ובכל המקומות ששמענו שמעם זולת בארץ המערב שהתובע הולך אחר הנתבע ולכאורה נראה דאין מקום למנהג זה ואלא שבמ"ש ניחא שנהגו כן על פי דברי הרשב"א ז"ל דסובר דתוך שלש פרסאות יכול הלוה לכוף למלוה ואלא כמ"ש הרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סי' ז' שיש סמך למנהג מדברי הסמ"ג שכתב אם יש שני ת"ח בעיר אחת ואחד גדול מחבירו יכול אחד מבעלי דינין לומר לא אדון לפני זה אלא לפני זה ואע"פי שהאחד קטן ממנו כיון ששניהם בעיר אחת דמדברי הסמ"ג אין ראיה אלא שזה יכול לעכב על זה וזה יכול לעכב על זה עד שהם יבררו ב"ד השוה להם וכמו שפירש דבריו הרב ז"ל בב"י וכן בדין שהרי הסמ"ג הוציא דין זה מפרק ז"ב והאיא דפרק זה בורר היא ששניהם מעכבין עד שיבררו ב"ד השוה להם

ומ"מ חוכך אני על מנהגינו שאם הרשב"א ז"ל אמרה היינו דוקא שיכול לעכב מקטן לגדול אבל מגדול לקטן לא אמרה כמו שנראה מלשון תשובתו ומנהגינו ללכת אחר הנתבע אפי' לב"ד קטון מב"ד שבירר התובע וצריך לומר שיסוד מנהגינו הונהג על פי דברי הסמ"ג והרשב"א ז"ל אזלא כחד ואזלא כמר לכוף הלוה למלוה תוך ג' פרסאות עבדינן כהרשב"א ז"ל ועבדינן כסמ"ג דאפילו לב"ד הקטון ממנו שבירר המלוה יכול לכופו ובבר יש לי דקדוקים אחרים בתשובת הרשב"א ז"ל אלא שכבר הארכתי בה יותר מדאי ואין להאריך עוד תמלית היוצא לנו מתשובת הרשב"א ז"ל דהיכא דהנכסים בני חורין תוך שלש פרסאו' אינו גובה מנכסי' המשועבדים אבל אם הם חוץ לג"פ גובה הנכסים משועבדים כדי שלא יטרח המלוה להוציא מאתים על מנה ובב"ד כיון דהנכסים בני חורין הם חוץ לשלש פרסאות לית דין ולית דיין שיאמר שלא יגבה חובו מהמשועבדים ואף על פי שהרשב"א ז"ל סיים בתשובה הכל לפי דבר מסתברא שכל דברים אלו תלויים ביד הב"ד אם יש הפסד הוצאה למלוה בדבר שיטרח לטרוח הרבה ולהוציא הוצאות לחזור אחר נכסים בני חורין אם לאו והכין כדבר לפי ראות עיניהם אבל שלא יגבה מן המשועבדין שבמקומו ויטרד לחזור אחר בני חורין שבמקום רחוק לא אלא כדרך שאנו דנין בין מלוה ללוה דזה אומר נדון כאן וזה אומר נלך לבית הועד שדין זה ודין זה תלוי בטענתא שלא יוציא מאתים על מנה ע"כ

ירא' הלענ"ד שאף שבב"ד אין כ"כ טירחא ללכת למקום שקרקע בני חורין שם מ"מ לא אמר הרשב"א ז"ל שהכל תלוי בראיית הדיינין אלא דוקא חוץ שלש פרסאות שהכל תלוי בעיני הדיין דאם ירא' הדיין שאפילו חוץ שלש פרסאות איכא טירחא והוצאה דבר יגבהו מן המשועבדין אבל תוך לשלש פרסאות לא דבר הרשב"א ז"ל דכשליכא איכו טירחא וזה כזה ויגבה מן המשועבדין

וכן נראה ממה שסיים בדבריו וכתב אבל שלא יגבה המשועבדין שבמקומו ויטרד לחזור אחר בני חורין לא אלא כדרך שאנו דנין בין מלוה ולוה כו' ע"כ ואם כ"ש הרשב"א ז"ל דהכל תלוי לפי ראות הדיינין הוא אפילו חוץ לשלש פרסאות מה זה דחזר אבל שלא יגבה כו' והלא זה תלוי בראיית הדיין ואיך הדליט הדאמר שלא נאמר שלא יגבה מן המשועבדין שבמקומו כו' ואם רצה לומר דאם הם במקום רחוק הרבה ואי דאיכא טירחא ולא נאמר שיטרד לחזור אחר בני חורין גם זה נכלל במ"ש שהכל תלוי בעיני הדיין ואם הוא רחוק הרבה ואיכא טרחא כשיעור שיגבהו מן המשועבדין א"ו שלא אמר הרשב"א ז"ל שהכל תלוי בעיני הדיין אלא לתוך שלש פרסאות אבל חוץ לשלש פרסאו' לעולם הדין קבוע שיגבה מהמשועבדין ולזה סיים דבריו אבל שלא יגבה מן המשועבדין כו'

אבל יש לדקדק בדבריו אלו דנראה מדבריו דהיכא דליכ' האי טענתא דיוציא מאתים על מנה שיכול הלוה לכוף לתלוה שילך לבית הועד ואלו בתשובת הרשב"א שהביא הרב ז"ל בסי' י"ד נראה דאפילו ליכא האי טענתא לא מצי לוה מעכב שכתב בלשון הזה אפילו אמר הלוה נלך לבית הועד ואני אשלם כל הוצאות הדרך משלי אין שומעין לו דיכול המלוה לומ' לו איני רוצ' לטרוח ע"כ ועוד יש לדקדק בתשובת הרשב"א ז"ל איך כתב שאם אמר שהוא יפרע ההוצאו' אין שומעין לו ובגמ' משמע דשומעין לו דתלה הטעם דאין שומעין לו משום הא דאמר ר' אלעזר מי שנושא מנה בחבירו יוציא מאתים על מנה משמע דהיכא דליכא טענה דהוצאה שומעין לו ואם הוציא זה הרשב"א ז"ל ממ"ש בגמ' אבל היכא דאמר מלוה כופין אותו וילך לבית הועד ה"ט משום דעבד לוה לאיש מלוה דמשמע דאפילו דליכא טענה דהוצאה כופהו המלוה ללכת אחריו משום דעבד לוה לאיש מלוה א"כ מאי איריא היכא דאיכא טירחא בניתן נכסים הרשב"א ז"ל שיכול לומר מלוה דאינו רוצה לטרוח אפילו דליכא טירחא יכול המלוה לעכב עליו ולומר איני רוצה להתדיין שם ואפילו שנזדמן דרך למלוה למקום הב"ד יכה לא יהא הלוה מעכב עליו לומר הרי אתה הולך למקום הב"ד יפה ואינך צריך על דיני לא טורח ולא הוצאה כיון דעבד לוה לאיש מלוה והרשב"א ז"ל כתב בסוף התשובה זו דשומעין לו וקושיא דמילתא לא אמרו בגמ' דעבד לוה לאיש מלוה ויכול המלוה לכוף ללוה למקום שהוא רוצה אלא היכא דהמלוה מוציא הוצאו' דמשתתא איכא לאימר לא על חנם מוציא זה הוצאותיו אבל הנתבע מעריס ואומר נלך לבית הועד כדי שלא יתבענו וכה"ג המרדכי בפרק ז"ב בשם ר"י וריב"א ז"ל ולפיכך כשהמלוה אומר נלך לבית הועד שומעין לו דלא על חנם מוציא הוצאות אבל היכא דהמלוה אינו מוציא הוצאות דליכא האי טעמא שומעין ללוה דהשתא ליכא למימר שהנתבע מעריס כיון דליכא הוצאה ללוה בין הכי ובין הכי והא דיהיב טעמא בגמ' משום דעבד לוה לאיש מלוה ולא יהיב טעמא דכתיבנא לעיל שלא על חנם מוציא הוצאותיו נ"ל דהיא היא וה"ק מ"ט עבד לוה לאיש מלוה משום דבהלוה שייך לומר לא על חנם מוציא הוצאותיו ובלוה לא שייך למימר הכי דאיכא למימר מעריס ור"ל עבד לוה לאיש מלוה בדבר זה כיון דאיכא טירחא איכא למימר דלא על חנם מוציא

ועס זה כתיבת אלי מה שראיתי להרמב"ם ז"ל בפ"ו
מה"ם שכתב בד"א כשאמר כו' אבל אם אמר לב"ד
הגדול כופין את הלוה ועולה עמו שכאמר עבד לוה לאיש
מלוה ע"כ ותימא כיון דלפי דעתו בין בניזק בין בגזל או הוצע
אחר יכול לכוף הנתבע להלוך עמו למה הביא האי קרא
דעבד לוה דליכא ראיה אלא דוקא במלוה ולוה וכמו שהקשה
עליו הרמ"ך ז"ל ומ"ש כיחא כיון דעבד לוה לאיש מלוה
הוא שבמלוה צריך לומר דלא על חנם מוליא מעותיו מדא"כ
בלוה אף בכל מיני תביעות צריך זה אלא שמ"ש שנא' עבד
לוה כו' קשה קלת למשמע דהטעם הוא דהלוה כפוף למלוה
שהלוהו כפירוש הפסוק והאמת כיון שמה שאמרו בגמ' עבד
לוה לאיש מלוה איכו אלא דוקא היכא דאיכא הוכחה למלוה
מנ"ל להרשב"א ז"ל לומר דאם הלוה אומר אני אעשה כל
ההוכאות אין שומעין לו כיון דליכא טעמא דיוליא מאתים
על מנה וגם לא על חנם מוליא מעותיו

וכ"ל דסובר הרשב"א ז"ל דמ"ש בגמ' מי שנושה מנה בחבירו
כו' לאו דוקא היכא דאיכא הוכאה אלא אפי' דליכא
הוכאה צריך לומר מי שנושה בחבירו יטרח עד שיכרענו אלא
דגמ' עדיפא מינה קאמר מי שנושה מנה בחבירו יוליא מאתי'
על מנה ולוה כתב הרשב"א ז"ל דאם הלוה אומר אני אעשה
ההוכאות דאין שומעין לו דיכול המלוה לומר איני רוצה
לטרוח והוי כטענתא דמי שנושא בחבירו מנה יוליא מאתים
על מנה אבל היכא דאפילו טירחא ליכא ודאי דשומעין לו
כיון דליכא טענתא ואם אמרו בגמ' עבד לוה לאיש מלוה
היינו דוקא היכא שרולה המלוה לטרוח ללכת לבית הועד
למקום המשפט דאיכא למימר כיון דמלוה רולה לטרוח לילך
לבית הועד שומעין לו דעבד לוה לאיש מלוה אבל היכ' דהמלו'
איכו רולה לטרוח ללכת לבית הועד והלוה רולה לילך לבית
הועד אע"ג דאיכא טירחא למלוה בטענת הלוה או היכא
דהלוה רולה ללכת לבית הועד ולית למלוה לא הוכאה ולא
טירחא או שהמלוה רולה ללכת לבית הועד ולית ליה הוכאה
ולא טירחא אין זה בכלל עבד לוה לאיש מלוה אלא שכשהלוה
אומר לילך לבית הועד והמלוה אומר שאינו רולה משו'דטריח'
ליה שומעין לו משום טענתא דמי שנושה מנה בחבירו כו'
דגם הכא צריך לומר מי שנושה מנה יטרח אחריו אבל היכא
שהמלוה רולה ללכת לבית הועד וליכא טירחא והוכא' לו לא
שנזדמן לו דרך שם אין כופין את הלוה בכך כיון דליכא
טענת'דיוליא מאתים על מנה ולא טענה דעבד לוה לאיש מלוה
וכן היכא שהלוה רולה ללכת לבית הועד וליכא למלוה לא
טירחא ולא הוכאה שומעין לו כיון דליכא טענתא
דיוליא מאתים על מנה ולא טענה דעבד לוה לאיש מלוה
כללא דמילתא לדעת הרשב"א ז"ל לא צריך לומר עבד לוה לאיש
מלוה אלא היכא דהמלוה רולה ללכת לבית הועד וטריח ליה
וליכא טענתא דמי שנושה בחבירו מנה אלא היכא דטריח אבל
היכא דלא טריח לא צריך למימר הכי ובזה כונת הרשב"א
ז"ל מבוארת שכשהלוה אומר אני אפרע כל ההוכאות אין
שומעין לו דהכי דלא צריך לומר דעבד לוה לאיש מלוה מ"מ
צריך לומר מי שנושא בחבירו מנה יטרח אחריו והיכא
שנזדמן למלוה דרך שם יכול הלוה לכוף למלוה ללכת לבית
הועד כיון דליכא טירחא ולא הוכאה ליכא טעמא דיוליא
מאתים כו' ולא טעמא דעבד לוה לאיש מלוה כיון דליכא
הוכחא לומר דלא על חנם מוליא מעותיו

ובזה דברי הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ז' הם מובנים
שעל מ"ש הרשב"א ז"ל וכן אלו כזדמן למלוה דרך
שם למקום ב"ד היפה אף הלוה יכול לעכב כו' כתב כלשון
הזה ק"ו ובן בנו של ק"ו הכא שהתובע עומד שם בביתו ואין
לו שום טורח ולא שום הוכאה אלא לכל כשיגיע לעכב לכתבע

ללכת אחריו כו' ע"כ ולכאורה הם דברים תמוהים דמה שייך
ענין הרשב"א ז"ל לעניינו דענין הרשב"א ז"ל הוא דאע"ג
דקי"ל דאין מוליאין חנם על מנה כו' כשהלוה הולך בלאו
הכי ליכא שום טענה למלוה לבלתי לכת שם אבל מנא לן
דהיכא דהמלוה רולה ללכת לבית הועד שיוכל עליו לעכב וכמו
שהקשה עליו מהרש"ח ז"ל בביאורו סי' י"ד ועפ מ"ש ניחא
שהרב מהר"י קולון הבין מתשובת הרשב"א ז"ל דלא צריך לו'
עבד לוה לאיש מלוה אלא היכא דהמלוה טורח ורולה ללכת
לבית הועד אבל היכא דליכא טירחא והוכאה למלוה אע"ג
דרולה ללכת לבית הועד ש מעין ללוה וניחא נמי לפי זה דלא
אמרו בגמ' אבל מלוה כופין אותו וילך לבית הועד משום דלא
על הנם טורח ומוליא מעותיו ואמרו משום דעבד לוה לאיש
מלוה להשמיענו דהאי טעמא דעבד לוה לאיש מלוה לא
נאמר אלא היכא דאיכא טירחא והוכאה לילך לבית הועד

קכורן שדברים לפי האמור דס"ל להרשב"א ז"ל דאפילו
ליכא הוכאה צריך לומר מי שנושה מנה בחבירו
יחזור אחריו עד שיכרענו ולזה סתם דבריו בסי' אלף ה' שדין
זה וזה תלוי בטענתא דיוליא מאתים על מנה ורונהו דהכי'
דאיכא טירחא שומעין לו וכמו שביאר דבריו בתשובה זו כלל
העולה לדעת הרשב"א ז"ל לפי מ"ש דהיכא דהנכנסים בני
חורין הם חוץ לשלש פרסאות לית דין ולית דיין שיאמר שלא
יגבה מנכסים משועבדים שבכאן ועוד אני אומר שאפילו
ניחא שדעת הרשב"א ז"ל דאפילו חוץ לשלש פרסאות תלוי
בראיית עיני הדיין הנה הרא"ש ז"ל בכלל י"א כתב כדברי
הרשב"א ז"ל ולא חילק בין מקום רחוק למקום קרוב ואף
הריב"ש ז"ל בתשובה כתב כדברי הרא"ש ז"ל ולא חילק ואפי'
תאמר דלפי עניינם לא היה לריך לחלק כיון דהנכסים היו
חוץ לשלש פרסאות הנה הרב בעל הטורים ז"ל בסי' קי"א
שעומד לענין דינא לא חילק כך ואיך שיהיה כיון שהרא"ש
והרב בעל הטורים והריב"ש ז"ל לא חלקו גם הרשב"א ז"ל
איפשר דמודה דכל שהוא חוץ לשלש פרסאו' גובה מן המשועב'
שבתוך שלש פרסאות הכי נקטינן עם שאין לורך לזה בנידון
שלפנינו שהבני חורין הם במקום רחוק יותר מעשרי' פרסאות
(הגה"ה עיין בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' קי"א בהגה"ת
ב"י אות י"ח שכתבתי דרך אחר בתשובת הרשב"א ז"ל
וכתבתי שמ"ש בתשובה זו דהרא"ש והרב בעל הטורים ז"ל
והריב"ש ז"ל שלא חלקו הולקים ארשב"א ז"ל אינו מוכרח
ואדרבא אפשר שמחלוקת לא משכינן וכ"כ בנידוני הרונה
דף כ"ט ומדבריו מוכח דמכרע מ"ש הרשב"א ז"ל הכל תלוי
בעיני הדיין שהוא חוץ שלש פרסאות יע"ש ע"כ הגה"ה)

ומה שבא בשאלה שהשט"ח שהוליא ראובן לא היה הזמן
מכתיבת הסופר אלא מכתיבת יד אחר לא מהחכמה
שאל על זאת דקי"ל שכל שטר הבא לפנינו שעדים מעידים
על חתימת העדים מקיימין אותו שחזקה אין העדים חותמין
על השטר אא"כ נעשה בגדול כדין כדאמרינן בכמה דוכתי
חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה
בגדול ובב"ד כיון שעדים חתומים בשטר חזקה אין העדים
חתמו על השט' אא"כ נעשה כתקנו ואע"פ שכתב הרא"ש
בפרק קמא דגיטין וה"ה לשאר דברים שהשטר נפסל בכך
שחזקה על העדים שחתמו אותו כהוגן ע"כ

ונראה מדבריו ז"ל דהיכא דאין השטר נפסל בכך לא
סמכינן אחזקה זו ואם כן בנידון דידן שאין השטר
נפסל בלא זמן שהשטר שאין בו זמן כשר אלא שאינו גובה
מלקוחות אכשר שחתמו העדים בלא זמן ואחר כך בעל
השטר כתב זמנו של שטר כרלונו ושמא זמנו מאוחר והוא
כתב זמן מוקדם אין זה כלום דהא אמרינן דשטר שאין בו
זמן כשר היינו כשלא נכתב הזמן בשטר ולא נשאר בסוף
מקום

מקום פנוי לכתוב זמן דליכא למיחש למידי דבל בנדון דידן שקודם כתיבת הזמן היה מקום פנוי לכתוב בו הזמן כשיטה שלא חתמו העדים בלא כתיבת הזמן כיון דאפשר לזייף ולכתוב הזמן מוקדם ואעולה לא חיישי וזה פשוט ואם הלכה רווחת בידך פוק חזי מאי עמא דבר שמעשים בכל יום בכמה שטרות שכותבין טופסא דשטרא בלי זמן ומניחין הזמן פנוי מפני שאינן יודעים הזמן ואחר כך קודם חתימת העדים כותבין הזמן אפילו מכתיבת ידי אחר

ומה שהוציא ראובן שטר על לוי שחייב לו כ"כ מעות כו' נ"ל שאין שטר זה מספיק להעמיד ההוג'ארה ביד ראובן מפני שיכול לסלקו במעות כדין לוה עם המלוה וכמו שנתבאר בח"מ סימן ק"א שאם ללוה יש לו קרקע או מעות או מטלטלין שיכול הלוה לסלקו במעות או מטלטלין ואע"פ שיש חולקים נהוג עלמא הכי וכן מה שטוען לוי שיפרע מן השטר שכתן לן בתורת משכון לא נתן לו שטר זה אלא לבטחון בידו עד שיפרע לו מעותיו אבל לא נתן לו שטר זה בתורת פרעון ואם אמור יאמר אומר שהשטרות יש להם דין מטלטלין כמבואר בכמה דוכתות וכיון שיש להם דין מטלטלין מצי הלוה להגבותם למלוה בתור' מטלטלין אף ע"פ שיש לו קרקע וכמו שנתבאר יש להשיב שהרי הרשב"א ובע"הת והר"ן כתבו שאין הלוה יכול להגבות למלוה שטרי חוב משום דיכול למוחלו ועוד שאין גופם ממון ומילי דיכהן ועוד שהקלקול תלוי בהם וכדגרסינן בירושלמי מלוה בשטר אובדת היא שלא כל שעה זוכה ליפרע מהם וכיון שהגדולי' הללו סוברים שאין הלוה יכול להגבות למלוה שטר חוב מי יכול לכוף לראובן שיקבלם בעד חובו בהיותו מוחזק בהוג'ארה

ומה שטוען ראובן שלו יהיה שוות ההוג'ארה משועבדת ללוי מחמת החוב שפרע לערל בעד שמעון שרוצה לפרוע לו שווי מה שפרע לערל נ"ל דלא לרק בטענה זו דכיון דבשטר השעבוד כתוב ולפי ששמעון הנז' הולך לדרכו לבטחון ביד לוי משכן ושעבד לו הוג'ארה כו' שאם לא יבא לזמן פ' מעתה ומעכשיו מסר מפתחות ההוג'ארה ביד פ' ונתן לו רשות שימסור המפתחות ביד לוי וימכור ההוג'ארה כו' ואם יפחות יפחות לשמעון ואם יותיר יותיר לו הרי נתחייב לפרוע ללוי השך הידוע ביניהם שיפרע לוי לערל ואם לא יתפשר עם הערל בשך מועט מאלו גרם ויש דמות ראיה לזה ממ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה כלל כ"ח סימן ו' הובאה בספר הטורים ח"מ סימן קע"ו על שני שותפין שבאו לחלוק ויש להם שט"ח ישומו כב' השטרות כל שטר ושטר לפי שוויו לפי קירוב הזמן וריחוק הזמן ולפי נכסי הלוה ובטחון החוב ויחלקו בגורל כו' ואם אחר ששמו ב"ד וחלקו בגורל נתקלקל חוב של אחד מהם מזל דידיה גרם ע"כ והכא נמי בנ"ד מזל דידיה גרם ואע"פ שיש לחלק בין נדון הרא"ש לנ"ד הסברא כך מחייבת

וכ"ת נהי שההוג'ארה הזאת משועבדת לראובן מזמן מוקדם מ"מ יכול לוי לסלקו במעות כדין ב"ח עם לוה וה"ה עם לוי הא ליתא דאמרינן בפרק מי שהיה נשוי ההוא גברא דהוו מסקי ביה אלפא זוזי ה"ל תרי אפדני זבין חד בה' מאה וחד בחמש מאה אתא ב"ח וטרי' לחד מינייהו והדר אתא וטריף לאידך שקל אלפא זוזי ואזל לגביה אמר אי שויא לך ההיא אלפא זוזי ליחיי ואי לא שקול אלפא זוזי ואסתליק סבר רמי בר חמא למימר היינו מתני' א"ל רבא מי דמי התם אית להו פסידא דיתמי הכא מאי פסידא איכא אלפא יהיב ואלפא שקיל ע"כ ונראה מכאן שאם הלוקח רוצה לסלקו במעות מסלקו וכ"כ הר"ס

כמ"ז ז"ל בפי"ח מה"מ והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן קי"ד וכיון שזכינו לדין זה שהלוקח יכול לסלק להלוה במעו' בנ"ד יכול ראובן קונה ההוג'ארה לסלק ללוי שההוג'ארה משועבדת אצלו במעות והכ"פ שבנ"ד נמצא אפותיקי ובאפותיקי אינו יכול לסלקו במעות כמבואר בטור ח"מ סימן קי"ד כבר הודעתיכם בין אפותיקי דהיינו דוק' באפותיקי מפורש שאמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו אבל באפותיקי סתם יכול לסלקו כמבואר בטור ח"מ סימן קט"ו ואף במשכנתא כתב בעל הטורים דמשכנתא סתם דינא כאפותיקי סתם

אבל עדיין יש מקום עיון שלא אמרו בפרק מי שהיה נשוי בההוא עובדא דתרי אפדני דיכול הלוה לסלק המלוה במעות אלא דוקא בטענת עילוי אבל בשוה לא וכמ"ש הר"ן ז"ל בפרק הנז' וא"כ בנדון שלנו לא מצי ראו' לסלק את לוי במעו' שלא בטענת עילוי ואפי' לדברי רמ"י וסיעתו ז"ל דבשוה יכול לסלקו אם הב"ח מוסיף מן הלוקח אינו יכול לסלקו וכסברת רבינו האיי גאון שכתב בספר הטורים ז"ל בסימן קי"ד שאם ב"ח ולוקח באים כל אחד להוסיף על חבירו נותנין הקרקע לאותו שמוסיף יותר והרא"ש ז"ל כתב דברי רבינו האיי בפרק מי שהיה נשוי נראה שסובר כן ואף הריב"ש ז"ל בסימן תפ"ג הסכים לזה בפירוש ונראה לי שדבר זה במחלוקת היא שנויה שמדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ח מהלכות מלוה שכתב ב"ח שבא לטרוף אם יש מעו' ללוקח יכול לסלקו וליתן דמי מה שהוא טורף כו' ע"כ

נראה שיכול הלוקח לסלק הב"ח אע"פ שמוסיף מדכתב ונותן לו דמי מה שהוא טורף וכן נראה ממשמעות דברי הרב בעל הטורים ז"ל בסימן קי"ד וקט"ו וכ"כ בפי' בס"הת ש"ב · ולכאורה נראה שיש סיוע לדבריהם מהא דאמרינן בפרק מי שהיה נשוי ההוא גברא דהוו מסקי ביה מאה זוזי שכיב ושבק קטינא דארעא דהוה שויא נ' זוזי אתא ב"ח טריף להאי אתו יתמי יהבו להו נ' הדר אתא וטריף להו כו' ולא אמרן אלא דלא אמרו ליה הנך נ' זוזי דהי קטינא אבל אמרו ליה הנך נ' זוזי דמי קטינא סלוקי סלקוה ע"כ משמע של דברים אלו נראה שיכולים היתומי' וה"ה הלוקח לסלק את הב"ח בדמי שוויו ממה שהוא טורף אם לא שיש לדחות דהתם בדמי הקטינא נתרצה הב"ח בכך אבל אם לא היה מתרצה לא היו יכולין לסלקו אלא בדמי חובו

סוף דבר כיון שדבר זה במחלוקת הוא שנוי יכול ראובן שהוא הלוקח לומר קים לי כאותם הסוברים דיכול הלוקח לסלק המלוה בדמי מה שהוא טורף וגדולה מזו אני אומר דבנ"ד כ"ע מודו דיכול ראובן לסלק את לוי בדמי מה שחייב לו ש' · יש לדקדק על ס"הת והעומדים בשיטתו דיכול הלוקח לסלק הב"ח בדמי מה שהוא טורף בההוא עובדא דהנהו תרי אפדני למה לקח הלוקח אלפא זוזי ואמ' לב"ח אי שוייא לך אלפא זוזי הין ואי לא שקול אלפא זוזי כו' לא ימנע מה היה רוצה הלוקח אם היה רוצה שישארו לו ב' הקרקעו' בשוה זוז היה לו ליקח אלף זוז ולומ' שקול אלפי זוזי ותן לי שדותי כיון שלדע' זו יכול לסלקו בדמי מה שהוא טורף בע"כ ואם היה רוצה האחד בחמש מאות הי"ל ליקח החמש מאות ולומ' לב"ח שקול ה' מאה והב לי הקרק' האחד ובשלמ' לרבינא דאמר דהטירפא הוו כותבין לו באלפא ניחא שרצה להרויח ולכך שקל אלפא זוזי כדי שאם האח' יקחנו באלפא יכתבו לו הטירפא באלפא וישאר לו הקרקע האחר בחובו אבל לפי דברי רב עוירא שהטירפא כותבין לו בה' מאות לשאי הלכתא שקל אלפא זוזי לאין לומר דלפי

דברי

לדברי רב עוירא הלוקח היה מתכוין להרויח את הלוה לכך אמר לו אי בעיא לך כו׳ כדי שיקחנו הב״ח באלפא והוא לא יקח ממנו כי אם ה׳ מאות ורבא דס״ל דהטירחא אין כותבין לו באלפא היה מתכוין להרויח הוא עצמו ואם כן נפיק מתירוצא דהשתא הלוקח היה רוצה לסלקו בע״כ בדמי מה שהוא טורף מסלקו וקשיא על הרמב״ם ז״ל שכתב בפי״ח מה״מ ראובן שהיה חייב לשמעון מאתים והיו לו שתי שדות ומכר אחד מהם ללוי במנה וחזר ומכר לו השניה ובא שמעון וטרף א׳ מהם במנה וחזר לטרוף השניה שמנה הפסיד לו והביא לו מאתים ואמר לו אם תרצה להיות השדה שטרפת שומא לך במאתים הרי טוב ואם לאו הרי מאתים של חובך ותסלק הדין עם לוי ע״כ ואם התירוץ שכתבנו אמת למה כתב והביא לו מאתים ואמר לו אם תרצה הי״ל לכתוב יכול לוי לסלקו במאתים כיון דלפי דעתו יכול לסלקו בע״כ ואם אמרו בגמרא שאמר לו אי שויא לך כו׳ היינו משום דמעשה שהיה כך היה ואפשר שהיה רוצה להרויח את הלוה לפי דברי רב עוירא או היה רוצה להרויח הוא עצמו לפי דברי רבא אבל הוא ז״ל שבא להשמיענו הדין לא הו״ל לומר אם תרצה כו׳ ואם בא להשמיענו מ״ש אחר כך רצה שמעון ועמד בה אע״פ שקבלה במאתים אין לוי חוזר ותובע את ראובן אלא במנה ולפיכך שנה משנתו בכה״ג אין זה במשמע דבריו

ועוד יש לדקדק על הרב בעל הטורים ז״ל שמ״ש בראש סימן קי״ד ובסימן קט״ו נראה שסובר כדברי הרמב״ם ז״ל וסייעתו דיכול לסלקו בדמי מה שהוא רוצה ואלו בסוף סימן קי״ד כתב בשם רבינו האיי ז״ל שאם הלוה מוסיף יותר מן הלוקח אין הלוקח יכול לסלקו ועוד יש לדקדק לדברי הר״ן ז״ל דס״ל דלא מצי לוקח לסלק למלוה אלא בבא בטענת עילוי הא אמרינן בפרק א׳ דמציעא הניחא למ״ד אי אית ליה זוזי ללוקח מסלק לב״ח ומדסתם משמע דס״ל אפילו בלא עילוי וכ״ת דס״ל להר״ן ז״ל דאפי׳ בסתם סתמו כפירושו ור״ל בעילוי א״כ היכי מוכח מדברי רש״י ז״ל דיכול לסלקו בלא עילוי מדכתב על הא דאמרינן הניחא למ״ד כו׳ פלוגתא היא בכתובות דילמא רש״י ס״ל דההוא פלוגתא מיירי בבא בטענת עילוי ולפיכך כתב פלוגתא היא בכתובות דפליגי בטענת עילוי אי מצי לסלוקי או לא

אלא כך הוא עיקרן של דברים לפי דעתי שאלם דינים יש בדבר חלוקים זה מזה הדין הא׳ היכא שהמלוה בא לטרוף ועדיין לא שמו ב״ד הקרקע ולא עשו הכרזה ובעת הטירפה בא לסלקו בדמים יכול לסלקו בדמי שיווי הקרקע כיון דעדיין המלוה לא זכה בקרקע זו ולית ליה פשיטא כיון האלפא שוה זה הקרקע ואלפא שקיל וזהו מ״ש בפ״ק דמציעא הניחא למ״ד דאם יש זוזי ללוקח שיכול לסלקו דמשמע דיכול לסלקו בדמי שוויין והוא הדין שכתב הרמב״ם ז״ל בפי״ח מה״מ ב״ח שבא לטרוף אם יש מעות ללוקח יכול לסלקו כלומר שבא לטרוף ועדיין לא טרף אם יש מעות ללוקח יכול לסלקו בדמי מה שהוא טורף אע״פ שאינו כנגד כל חובו

הדין השני היכא דשמו ב״ד הקרקע למלוה ועשו הכרזה ועדיין לא בא הקרקע ליד המלוה אם בא הלוקח לסלקו אינו יכול לסלקו אלא בחובו ואם הב״ח מעלה אותו שומעין לו כיון שכבר זכה בקרקע בשומת ב״ד וזהו המעשה דההוא דתרי אפדני שכבר זכה בהם בשומת ב״ד וההכרזה ולפיכך כדי לסלקו גם מהקרקע הראשון הוצרך ליקח שיעור חובו ולומר אי שויא לך ההוא אלפא זוזי ליחוי ואי לא שקול אלפא משום דאי לאו הכי לא היה יכול לסלקו בדמי שוייו כיון דכבר זכה בשומת ב״ד וזהו הדין שכתב הרמב״ם ז״ל בסוף פי״ח מה״מ ראובן שהיה חייב לשמעון כו׳ כלומר כיון שכבר זכה בשומת ב״ד אם בא לסלקו אינו יכול לסלקו אלא בדמי חובו לכי שאם המלוה יעלה אותו בדמים שומעין לו ומ״ש הר״ב הטורים ז״ל בראש סימן קי״ד ובסימן קט״ו הוא הדין הראשון בלוקח שבא לטרוף ועדיין לא טרף ולא שמו ב״ד הקרקע ומ״ש בסוף סימן קי״ד בשם רבינו האיי ז״ל הוא הדין השני ששמו ב״ד הקרקע ועשו הכרזה ולדעת הר״ן ז״ל כך בדין הראשון דיכול לסלקו בדמי שוויין וזהו מה שאמרו בפ״ק דמציעא הניחא למ״ד אי אית ליה זוזי מצי מסלק ליה אבל בדין השני שעשו בית דין שומא והכרזה כגון מעשה דאפדנא אין שומעין ללוקח אלא בעילוי ולפיכך הכריח מדברי רש״י ז״ל דס״ל דהכא לא פליגי בעילוי מדכתב על ההיא דמציעא פלוגתא היא בכתובות ולא הלכתא חוץ מזו • א״כ יש לפרש דעת הר״ן ז״ל דלעולם ס״ל דלוקח אינו יכול לסלקו בכדי שוויין אלא דוקא בכדי חובו אפי׳ שלא שמו ב״ד עדיין הקרקע אלא שיש הפרש בין היכא דשמו ב״ד הקרקע להיכא דלא שמו שהיכא שלא שמו ב״ד הקרקע יכול לסלקו שוה בשוה ומיהו דוקא בשיעור חובו אבל היכא דשמו ב״ד הקרקע לא מצי לסלוקי אלא בעילוי

הדין הג׳ היכא דשמו ב״ד הקרקע ועשו הכרזה וכבר גבאו המלוה בזה איכא פלוגתא ביני רבוותא לדעת הרמב״ם ז״ל וסייעתו דסוברים דשומא הדרא לעולם אפי׳ ללוקח אין חילוק בין היכא דכבר גבאו המלוה לכבלא גבאו אלא אפי׳ גבאו יכול לסלקו בכדי מעותיו ולפיכך כתב בסוף פכ״ב מה״מ ב״ד ששמו לב״ח בין בנכסי לוה בין במשועבדין שביד הלוקח ואחר זמן השיג ידו של לוה או של נערך או של יורשיהן והביאו לב״ח את מעותיו מסלקין אותו מאותו קרקע ששומא חוזרת בעלים לעולם ע״כ אבל דעת הרא״ש וסייעתו ז״ל דאם כבר גבה מלוה הקרקע אינו יכול לסלקו ואפי׳ בכדי חובו דשומא לא הדרא ללוקח ודברי הרב בעל הטורים ז״ל אינן מסכימים אל מ״ש שעל מ״ש הרמב״ם ז״ל בפי״ח מה״מ ב״ח שבא לטרוף כו׳ וכו׳ כו׳ שהוא הדין הראשון שכתבתי כתב מחלוקת אמוראים בכתובות בעובדא דתרי אפדני כו׳ ולפי מ״ש לא הוציאו הרמב״ם ז״ל אלא מפ״ק דמציעא ואף הרב ז״ל בב״י גבי אחר דברי ה״ה ז״ל שעל מ״ש הרב בעל הטורים ז״ל בסי׳ קי״ד ואם רוצה הלוקח לסלק המלוה הרשות בידו והוא הדין הראשון שכתבתי כתב הכי משמע בפרק מי שהיה נשוי בעובדא דתרי אפדני

ויש לתמוה עליהם דעובדא דתרי אפדני לא משמע אלא שיתן שיעור חובו ומן התימה עוד על הרב ז״ל בב״י מבסימן קט״ו כתב הטור ומיהו אם יש מעות ללוקח יכול לסלקו וכ׳ הרב שהוציאו מההיא דפ״ק דמציע׳ ואפשר היה לומר שלא כתב בסימן קט״ו שזה הדין הוציאו מפ״ק דמציעא אלא על מ״ש שם הטור ואם עשאה אפותיקי אינו יכול לסלקו שכלמד מההיא סוגיא אבל ראיתי להטור שגם בסימן קי״ד כתב ואם עשאו אפותיקי אינו יכול לסלקו במעות וכתב עליו הרב ז״ל כך כמ״ש בפ״ק דמציעא ובפרק המקבל ואפילו הכי על מ״ש הטור ואם רוצה לסלקו במעות הרשות בידו כתב הכי משמע בפרק מי שהיה נשוי בעובדא דתרי אפדני וכ״ע

ועדיין דברי הרב בעה״ת צריכין ביאור במ״ש שאם הלוקח או היתומים רוצים לסלקו בדמים ואינו שוה אלא כנגד חובו והוא טוען לדידי שוה לי שיעור חובי בלי שיסרטוהו כל חובו משתברא דלא מצי לעלוייה להן

בדפי

ביתי יתירא אלא בדמי ההוא ארעא דשוה לכולי עלמ' בעידנא דשמו לה ב"ד ע"כ

ולכאורה מעובדא דתרי אפדני משמע איפכא שהרי הלוקח שקל אלפא זוזי ואמר לו אי שויא לך אלפא זוזי ליתיי ואי לא שקול אלפא זוזי משמע שאם הלוקח היה מתרצה ליקח אותו בשביל אלפא זוזי הרשות בידו : ואחר העקידה ההוא עובדא אינו ענין לנדון בעה"ת כלל דבההוא עובדא הי"ל לב"ח כשיעור חובו בשני הקרקעות ולפיכך היה יכול ליקח האחד כשיעור חובו אם ירצה משום דליכא למיחש שיהא אומר כן כדי שיפרעו לו כל חובו שהרי בלא הכי אפילו שלא היה לוקח אותו באלפי היה הלוק' משלם לו כל חובו כיון שהיה לו שיעו' חובו בשני הקרקעות אבל בנדון הבעה"ת היה שלא היה לו ללוה נכסים אחרים זולת קרקע זה שהיה שוה פלג חובו והי"ו רוצים היתומים או הלוקח לסלקו בדמים והוא היה אומר שלא היה שוה שיעור חובו בהא איכא למיחש שטוען כך כדי שיפרעו לו כל חובו

וראיתי להרב ז"ל הביא לשון בעל התרומות באורך בסימן קט"ו וכתוב בתוך דבריו אך מצאתי שכת' הראב"ד ז"ל בתשובה שיכול ב"ח להעלותו בדמים כו' והרמב"ן ז"ל הולך על דעת הר"א ז"ל כו' ע"כ וכתב עליו הרב וכבר כתבתי זה בסי' ק"ו וכתבתי שם שדעת רבי' כדעת הראב"ד והרמב"ן ז"ל. ע"כ ובקשתי בסימן ק"ו וראיתי שכתב שם הרב ז"ל ודעת רבינו בסימן ע"ב גבי מ"ש ואם אינו שוה לשומת הבקיאים החצי שהוא טוען עליו כו' היא כדעת הראב"ד והרמב"ן ע"כ

ולע"ד אין משם ראיה דאם אמר שם הרב בעל הטורי' ז"ל דיכול לקבלו בכדי דמיו היינו דוקא במשכון שמוחזק בו דאיכא מגו דאלו היה אומר לקוח הוא בידי היה נוטלו בע"כ גם עתה שטוען בכדי דמיו יש להאמינו דאיכא למימר כיון דהמשכון אינו שוה בכדי החוב והוא נוטלו למשכון בשביל אותו החוב הרי זה כמו שקבל משכון בכדי חובו אבל היכא דליכא מגו כגון בנדון הראב"ד ז"ל והרמב"ן ז"ל אין הוכחה שיסבור הרב בעל הטורים ז"ל שיכול להעלותו בכדי דמיו וצריך לידחק ולומר דמ"ש הרב ודעת רבינו בסי' ע"ב כדעת הראב"ד ז"ל כו' הכשאין לוה מודה בחוב קאי וס"ל לרב ז"ל דהרמב"ן מודה להראב"ד ז"ל ועל זה כתב הרב ז"ל ודעת רבינו כדעת הראב"ד ז"ל כו' ואעפ"כ שהוא דוחק יותר נסבול הדוחק הזה משניסבול דקאי לחלוקה דכשהלוה מודה בחוב דאי קאי לחלוק' דמודה הלוה בחוב אין שום הוכחה כדכתבינן וכן מצאתי להרב מהר"ש חיון ז"ל בתשובותיו סימן כ"ב (הגה"ה וכן הקשה עליו ב"ח בסימן ק"ז וקט"ו ובעל גדולי תרומה בדף ד' ועיין מ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"ו בהגהת ב"י אות ל"ה ע"כ הגה"ה)

העולה מן המקובץ היכא שבא ב"ח לטרוף ועדיין לא שמו ב"ד שומא והכרזה לכ"ע יכול הלוקח לסלקו בדמי שוויין והבא נל"ד אפי' שהיה החוב יותר משווי האוג'ארה יכול לסלקו בדמי שווי האוג'ארה כיון שעדיין לא שמו ב"ד שומא והכרזה כ"ש שהחוב הוא פחות משווי דמי האוג'ארה שיכול לסלקו בשיעור חובו

וכל זה שאמרו דכין הוא אם דמי השטר חוב שהוציא ראובן על שמעון הוא כשיעור מה שמשעבד שמעון ללוי אבל אם מה ששעבד שמעון ללוי הוא יותר מדמי שטר חוב שהוציא ראובן על שמעון והאוג'ארה שוה יותר יפרע המותר ר' ללוי אבל מטעם אחר נלע"ד שאינו חייב לפרוע אפילו המותר מפני שבתוך השטר כתוב ולפי שהמשכון הנז' הולך לדרכו לכן לבטחון משכן ושעבד לו האוג'ארה אחת שאם ח"ו יקרה שום מקרה לשמעון הנז' או אם יתעכב ולא יבא מהיום עד שלשים יום ושמהריה הנז' יבוא לתבוע החלק של שמעון הנז' מלוי הנז' מעתה ומעכשיו מסר מפתחות האוג'ארה הנז' ביד יהודה ונתן לו רשות שימסור המפתחות ללוי ולמכור האוג'ארה כו' וזה הוי אסמכתא שכל דבר התלוי דאם יהיה או לא יהיה השתא או לא אשבה הוי אסמכתא כדאמרינן בפרק איזהו נשך וכיון דהוי אסמכתא אע"ג דכתיב בשטרא דלא כאסמכתא דהא אמרינן דאסמכתא ה"א ולא קניא וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ע"כ הובאה בספר הטורים סימן ע"ג ור"ז ואע"פ שרבינו ירוחם ז"ל כתב בשם הגאון שאם כתוב בשטר דלא כאסמכתא גלי אדעתיה דגמר ומקני וכן נראה דעת הרמב"ם והרמב"ן ז"ל כמ"ש הרב ז"ל בח"מ סימן ר"ז אנו אין לנו אלא דברי הרא"ש ז"ל שהביא ראיה לדבריו כמ"ש הרב בסי' הנז' ומה גם שלע"ד נראה דאין גם א' שיחלוק על הרא"ש ז"ל זולת רבינו ירוחם ז"ל כמ"ש שם בסי' ר"ז הרב ז"ל בב"י שדברי הרמב"ם נוטים לדברי הגאון ז"ל • (הגה"ה וכ"כ מהר"א נאליקו ז"ל בתשובה כ"י עד כאן הגה"ה) איפכא מסתברא לי שדברי הרמב"ם ז"ל נוטים לדברי הרא"ש ז"ל וכן ראיתי לבעה"ת בסימן הנז' כתב משם הרמב"ן ז"ל שדברי הרמב"ם מוכיחין דלאסמכת גמורה לא מהני וכן מ"ש דבעה"ת כתב בשם גאון דמהני לסלק האסמכתא גמורה איני יורד לסוף דעתו דהכי דבעה"ת כתב כן בשם גאון מ"מ כתב תשובתו בלדו דהרמב"ן ז"ל פי' דברי הגאון ז"ל דאסמכתא דמטלטלי אגב מקרקעי לאו אסמכתא גמורה היא

וכן נ"כ מ"ש וכן נראה שהסכים שם הרמב"ן ז"ל בתשו' שלא בדקדוק שאם הרמב"ן ז"ל הסכים דאם כתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי דמהני היינו דוקא לשעבוד מטלטלי אגב' מקרקעי או ערבות דלאו אסמכתא גמורה היא אבל אם השטר נעשה באסמכת' גמור' אע"ג דכתיב ביה דלא כאסמכת' לא מהני לסלק האסמכת' כמו שמבואר כל זה בבעה"ת שער מ"ג והובא בב"י סימן ק"ג

ותמהני על הרב ז"ל בב"י דמאחר דאינו יורד לחלוק הנה איך לא הוקשה לו שדברי הרב בעל הטורים ז"ל סתרי אהדדי דבסימן ק"ג סתם דאם כתוב דלא כאסמכתא מהני לסלק האסמכתא דמטלטלי אגב מקרקעי ובסימן ר"ז סתם כדברי הרא"ש ז"ל דלא מהני לסלק האסמכתא ולא לבד סותר את עצמו המקום למקום אלא הוא הפך דברי רבא בפרק ח"ה דאמר רבא האי מקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי צריך לכתוב דלא כאסמכתא כו'

ואולי שדעת הרב ז"ל שמפני שכתב הרמב"ן ז"ל בסוף דבריו ומילתא כ"ע נראה שדעתו נוטה דמהני לסלק האסמכתא והא נמי ליתא דלא כתב ומילתא כ"ע אלא במה שפירש דברי הגאון אבל מ"ש דלא מהני באסמכת' גמורה אין לו ספק ועוד דאפי' ניחא דמ"ש הרמב"ן ז"ל ומילתא כ"ע קאי אעיקרא דדינא מכ"ל שדעתו נוטה לצד זה ולא לצד זה גם דברי רבינו ירוחם ז"ל בנתיב י"ז הם מגומגמים שכתב שטר שכתוב בו דלא כאסמכתא ויש בו אסמכתא דלא קני כתב גאון דאם כתוב בו דלא כאסמכתא גלי דעתיה דגמר ומקני. ע"כ וכיון שכל שטר שכתוב בו דלא כאסמכתא היאך כתב דאם כתוב בו דלא כאסמכת' והלא בהא קיימינן בשט' שכתוב בו דלא כאסמכת' וצ"ל נומר כתב גאון דכיון דכתוב דלא כאסמכתא כו' ועוד

כיון שהוא ז"ל סבור דבאסמכתא כל שכתוב דלא כאסמכת' אין כאן אסמכתא היאך כתב אחר כך תשובת הרא"ש ז"ל שכתב שטר שכתוב בו דלא כאסמכתא שכתוב בו וקנו ממנו בב"ד חשוב אם אין רגילים בכך ויש עדים שמעידים שלא היה בב"ד חשוב ה"ל תרי ותרי ולא מפקינן ממונא ע"כ מה לנו אם נעשה בב"ד חשוב כיון דנעשה בקנין וכתוב בו דלא כאסמכתא אין כאן אסמכתא לדעת הגאון ז"ל ותו קשה לי שאין דרך רבינו ירוחם להשמיט סבר' הרא"ש ז"ל וכאן למה השמיטה וליכא למימר שאולי לא ראה דבריו בתשובה שזה דוחק שכמה פעמים מביא דברי הרא"ש ז"ל בתשובה

ולכן אני אומר שבדברי רבינו ירוחם ז"ל יש חיסור לשון וכ"ל כך שטר שכתוב דלא כאסמכתא ויש בו אסמכ' כתב הרא"ש ז"ל דלא קני וכתב גאון שאם כתוב בו דלא כאסמכתא כו' ואע"פ שהביא מחלוקת בזה הסכימה דעתו לדעת הרא"ש ז"ל כמו שגילה דעתו במה שהביא התשובה של הרא"ש ז"ל ואם באנו לומר שרבינו ירוחם הסכים לדעת הגאון ז"ל מ"מ אחר כך שטר שכתוב בו דלא כאסמכתא הוא ע"ש וכ"ל שטר שנעשה באסמכתא • (הגה"ה מהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סימן ל"ב הקשה דברי הרא"ש ז"ל מדידיה אדידיה והניחם בצ"ע ובתשובה כ"י למהר"א גאליקו ז"ל ראיתי דלא כתב הרא"ש ז"ל דלא מהני לסלק האסמכתא אלא באסמכתא גמורה אבל באסמכתא שאינה גמורה מהני והן הם הדברים שהלכתי בעל הר"ב הטורים ע"כ ההגה"ה)

ומ"מ פשטן של דברים דמסכים כר' לדבריו של הרא"ש חדא דרביה הוא ועוד כדי שיתיישב לשונו הראשון כמלא לפי האמור דאין גם אחד שיחלוק על הרא"ש ז"ל והכי אלא סוגיא דעלמא ואפי' נאמר דאיכא פלוגתא וכדעת הרב ז"ל ודאי לכל דאיכא פלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המוחזק וכמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן כ"ח וכן מתבאר מספר המפה וראובן שהוא לוקח ומוחזק באוג' ארה יכול לומר קים לי כהרא"ש ז"ל ושיטתו וכ"ש אם כתוב בשטר וחומר וחוזק שטר זה קבל עליו פ' כחומר וחוזק כלשטרי דנהיגי בישראל דאין כאן אסמכתא כמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן כ"ח (הגה"ה אע"פ שיש חולקים כמ"ש בספר כנס הגדולה חלק ח"מ סימן ר"ג בהגהת הטור אות מ"ח ע"ש

שוב ראיתי שאין חולק על זה ואותו המחלוקת לא שייך כאן דאותו מחלוקת הוא אם מה שכתוב כתיקון חז"ל מהני היכא דחסר ההקנאה אבל הכא ענין אחר דהכא מיירי בדכתוב בשטר דלא כאסמכתא וכתב כחומר וכחוזק הכי פי' וחומר חוזק שטר זה קבל פלוני כו' שאפילו שהשטר אינו כתוב כהוגן מ"מ אחר שהוא מקבל כל הענין באותו אופן שנהגו ישראל לכתוב באופן שלא יהיה אסמכתא אם כן ודאי בהא כ"ע מודו דחייב וכמ"ש הרשד"ם ז"ל בסימן הנז' תדע דהרשד"ם גופיה מהחולקים וסוברים דכתיקון חז"ל לא מהני למקנה דבר שאין בו ממש כמ"ש בחח"מ סי' רע"א ולא פליג מדידיה אדידיה דהאי' הוא כמ"ש ע"כ ההג"ה)

ואפילו לדעת הרמב"ן ז"ל דלא שייך אסמכתא בתולה בדעת אחרים אלא דוקא בתולה בדעת עצמו הכא בב"ד הוי אסמכתא גמורה שתלה בדעת עצמו שכך התנה שאם לא יבא לזמן פ' כו' וא"ג דאמרינן בפ' איזהו נשך אמר רב פפא אע"ג דאמור רבנן אסמכתא לא קנה אפותיקי הויא לתיגבא מיניה היינו דוקא אפותיקי מפורש אבל לא אפותיקי סתם כנדון דידן וכמ"ש למעלה ועוד כיון דפלוגתא דרבוותא היא יכול ראובן המוחזק לומר קים לי כאיכא מ"ד שכתבו תלמידי הרשב"א ז"ל בפרק איזהו נשך הביאו דבריהם הרב ז"ל בב"י סי' ר"ז וכדעת רבינו חננאל וכדעת הרי"ף ז"ל לפי מה שהבינו בו תלמידי הרשב"א ז"ל והרב ז"ל בב"י דלא קי"ל כהא דאמר רב פפא אפותיקי הויא למגבא מיניה דכללא אמרינן משמיה דרבא דכל דאי לא קני ואע"ג דכתוב זמן בשטר והלכה הוותא דהלכה כר"י דזמנו של שטר מוכיח עליו וכדפסק רב בפ' יש נוחלין וכיון דכתוב זמן בשטר הוי כמעכשיו וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בח"מ סי' ר"ז ואף שהרשב"א ז"ל כתב בתשובה בשם הרמב"ן ז"ל הביאה הרב ז"ל בב"י סי' הנז' דף רכ"ד ע"ב כלל זה יהיה בידך דכל שטר מכר או מתנה או חוב שכתוב בו מעכשיו אע"פ ששבעת המסירה התנו בלשון אין לא הוי אסמ' דכבר זכו מעכשיו כבר ביאר הרב ז"ל גם דלאו דוקא אמר הרמב"ן ז"ל דבעינן מעכשיו אלא כונתו לומר שאם אין בו זמן צריך שיהיה בו מעכשיו אבל אם יש בו זמן א"צ מעכשיו ע"כ

ואני תמיה שהוצרך הרב ז"ל לכתוב כאלו אין מפורש בדברי הרשב"א ז"ל והוצרך הרב ז"ל לכתבו וזה אינו דבפירוש כתבו הרשב"א ז"ל שכתב וגמרינן הא מילתא מפרק מי שאחזו דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו שהתנה בלשון אם ואע"פי כן כיון דאיכא זמן בשטר דהוי כמעכשיו אמרינן דהוי כאלו אמר מעכשיו בשעת נתינת הגט ע"כ דנראה מדברים אלו דס"ל להרמב"ן ז"ל שכל שטר שכתוב בו זמן הוי כמעכשיו ותו שהרשב"א ז"ל כתב כן בכי' בתשובה שהזכרתי למעלה והביאה הרב ז"ל בסי' הנז' ובסי' כ"ד וכן הסכימו הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' כ"ח ומהר"י אדרבי ז"ל סי' כ"ז וק"ט ומהרש"ך ח"ב סי' קע"ז וח"ג סי' ז' ואם כונת הרב ז"ל להלוק על הרשב"א ז"ל שחילק בין מסרו ליד חבירו למסרו ליד שליש מתם יותר מלאי ועוד אעיקרא דדינא הריב"ש ז"ל בסי' שפ"ז הסכים לדעת הרשב"א ז"ל בחלוק הזה ועיין בספר משפט צדק ח"א סי' א'

ויש לתמוה על הריב"ש ז"ל שנראה מדבריו בסי' הנז' שלא חלק הרשב"א ז"ל בין מסרו לידו למסרו ליד שליש אלא בשטר שיש בו זמן ואין כתוב בו מעכשיו אבל אם כתוב בו מעכשיו מהני לבטל האסמכתא אפילו מסרו ליד שליש והא ליתא מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תתקי"ז ברור מללו דאפילו כתוב בו מעכשיו במסרו ליד שליש לא מהני לבטל האסמכתא גם על מהרש"ך ז"ל בח"ג סי' ז' שכתב שלא ראה דבר זה מבואר בשום ספר מספרי הפוסקים שיאמר שזמנו של שטר מוכיח עליו לבטל האסמכת' והרמב"ן והרשב"א ז"ל כתבו כן בפירוש דזמנו של שטר הוי כמעכשיו ואיך שיהיה בנדון דידן שכתוב זמן בשטר ה"ל כאומר מעכשיו ובמעכשיו ליכא אסמכתא כמו שיתבאר (הגה"ה אחר זמן רב נדפס ספר גדולי תרומה וראיתי בדף שמ"ה כתב הא דיינינן לזמנו של שטר כאלו כתב מעכשיו היינו כשאינו מוכרח לכתו' זמן אבל אם מוכרח לכתוב זמן בשטר כדי לידע זמן המוגבל לא אמרינן זמנו של שטר הוי כמעכשיו ע"כ ולפי דבריו בנדון שלפנינו דהוצרך הזמן ליכתב כדי שנדע מתי יעבור הזמן המוגבל שהוא השמונים יום שקבע לא אמרינן דהוי כמעכשיו ע"כ ההגה"ה) ומלבד הזמן הכתוב בשטר כיון שכתוב קנין הקנין הוי מעכשיו להרב בעל העיטור והרשב"א ז"ל ושטה א' לנדרים שהביא הרב ז"ל בב"י סי' ר"ז דס"ל דקנין לחוד הוי מעכשיו ונסתלקה האסמכתא ואפילו לדעת הרמב"ם והר"ן ז"ל דיש קנין בלא מעכשיו בב"ד שכתוב בשטר וקנינא מידם קנין שלם מעכשיו נסתלק האסמכת' מ"מ כיון דהקנין לא נעשה בב"ד חשוב מצי ראובן לומר קים

קיס' לי כהר"י ור"ת והרא"ש ז"ל דסוברים לכדי לסלק הא זמשתא בעינן קנין ומשכנין ובי"ד חשוב וכן הבין הרב בעל הטורים ז"ל כמ"ש הרב ז"ל בב"י (הגה"ה בתשובה אחרת הארכתי בדיני האסמכתא וכתבתי ששה דברים הם המבטלים האסמכתא הא' קנין והשנית קנין ומשכנין והשלישית קנין ומשכנין ובית דין חשוב הרביעית קנין ומשכנין ובי"ד חשוב ואתפים זכוותיה בב"ד החמישית דלא מהני אפילו בקנין ומשכנין ובי"ד חשוב ואתפים זכוותיה ובספר כנסת הגדולה סימן ר"ז בהגהת ב"י אות קפ"ח הארכתי בסברא זו לדעת לסברא זו מה מבטל האסמכתא' הששית כתיקון חכמי ספרד חיוב החלטי במחול לך וגם העליתי ובספר כנסת הגדולה בסימן הנז' אות קכ"ט דכל שלא עשה כתיקון חכמי ספרד יכול המוחזק לומ' קי"ל ע"כ ההגה"ה)

ואע"פי שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס"ח דכל דבר שנהגו לכתוב אע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי והובאו דבריו בספר הטורים סי' ס"א ס"ח לא כתב כן אלא דוקא דבשעת כתיבת השטר אין צריך הלוה לצוות בפירוש אבל אם לא נכתב בשטר לא אמר הרא"ש ז"ל דאע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי ואדרבא י"ל דכיון דלא נכתב בשטר אמרינן ודאי שמיחה הלוה שלא לכתבו וכמ"ש הר"ן ז"ל בשם הריטב"א ז"ל בפרק האשה שנפלו הביאו הרב ז"ל בב"י בסי' ס"א והריטב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בסימן ע"א וכיון שאלאנו להרשב"א והריטב"א ז"ל שכתבו כן בפירוש דהיכא שלא נכתב לא אמרינן כמי שנכתב דמי אכוני במחלוקת לא מפקינן ונשוה דעת הרא"ש ז"ל לדעת הרשב"א והריטב"א ז"ל דכל שלא נכתב לא אמרינן כמי שנכתב דמי אלא דאין הלוה צריך לפרשו בציווי השטר וכן מוכיח לשון הרא"ש ז"ל שכתב שכבר נהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו ואין צריך לפרש שיכתבו כל ליפני יתירי שפירי דאית ביה ע"כ והא דכתב הרא"ש ז"ל בפרק חזקת הבתים עלה דמתנה טמירתא וז"ל והאידנא דלא חיישינן לשתמא משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנתא וכך אמר לנו כתבוה כו' הילכך כשמלוה לכתוב שטר מתנה בזמן דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה הילכך הוי כאלו אמר כתבוה בשוקא כו' וכ"כ רבינו האיי גאון ז"ל דהאידנא לא חיישינן לשתמא ע"כ ומהא משמע דס"ל דאע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי מדכתב על דבריו וכן כתב רבינו האיי גאון ז"ל וראיתי לרבינו האיי גאון ז"ל דאע"פי שלא נכתב אין לחוש כמ"ש הרא"ש ז"ל בשמו בפרק חזקת כמ"ש מהרש"ח ז"ל בתשובה סי' ל"א י"ל דהא דכתב הרא"ש ז"ל וכ"כ רבינו האיי גאון ז"ל לא כיון למ"ש הרי"ף ז"ל בשמו אלא הוא ז"ל מלא לרבינו האיי גאון ז"ל דבשתמא לא חיישינן ופירושו שלא צוה הלוה בפירוש כתבוה בשוקא אלא בשתמא אבל אם לא נכתב בשטר לא אמרינן כמי שנכתב דמי והאיא דכת' הרי"ף ז"ל בשם רבינו האיי גאון ז"ל אינו ענין לזה דההיא איירי במלוה מחמת מיתה וכמו שהאריך בזה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' רמ"ב וכך מוכיחין דברי הרמב"ם ז"ל ודברי הרב המגיד בפ"ט מהלכות זכיה וכך נראין דברי רבינו האיי גאון שכתב ומעשי' בכל יום כד נפקא פקדת' דמלוה מחמת מיתה

ועוד יש להוכיח מדברי הרמב"ם כן ממ"ש בפ"ה מה"ז הנותן מתנ' בין בריא בין חולה צריך שתהי' גלויה ומפורסמת כו' לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו פ' הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה וגלויה ומפורסמת וכיוצא בעניינים אלו חוששין לה שמא מסותר' ולא היה זכה המקבל ע"כ ובודאי דמ"ש הרב כל שטר מתנה שאין כתוב בה כו' איירי במתנת בריא דאלו במתנת ש"מ הרי גילה דעתו בפ"ט שאע"פ שכתובה סתם אין חוששין לה ·

ואע"ג דלכאורה אין זה הכרח דבפ"ט במלוה מחמת מיתה קא עסיק מדברי ה"ה ז"ל בפ"ה ובפ"ט בין תבין דהפרש דברים אלו שכתב הרמב"ם ז"ל לפיכך כל שטר מתנת קרקע איירי בבריא דוקא שז"ל סובר דבבריא אפי' בפיה כפולה וש"מ בפיה כשרה ואם כוה שלא לגלותה פסולה ואם כוה שהיא מסותרת ולאחר מיתינגווה כשרה וכ"כ הרב בעל לח"מ דהא שכתב הרמב"ם ז"ל לפיכך כל מתנת קרקע איירי בבריא דוקא ולפי זה מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט מלוה מחמת מיתה אין כ"ל גלו את המתנה לאו דוקא מלוה מחמת מיתה אלא ה"ה ש"מ

והן אמת שיש מקום דקדוק בדברי הרמב"ם ז"ל למה בדין זה נקיט בלישניה מלוה מחמת מיתה ובדין שלמעלה נקט ש"מ וכפי הנראה תרוייהו שייכי בין בש"מ בין במלוה מחמת מיתה ואולי משמיענו הרמב"ם ז"ל דמלוה מחמת מיתה אע"פ שהוא בריא בסתמא לא חיישי' וכן מלאתי למהר"ם מינץ בתשובה סימן ס"ו כירש הך מלוה מחמת מיתה שכתב הרמב"ם ז"ל במלוה מחמת מיתה כשהוא בריא ואין נראה כן מדברי הרב ז"ל בב"י ולפי מה שכתב מהר"ם מינץ ז"ל בסימן הנז' לחלק בין ש"מ למלוה מחמת מיתה דעדיף טפי ש"מ ממלוה מחמת מיתה דבש"מ אפילו אמר לא תגלוה מהני כ"ש בסתמא ובמלוה מחמת מיתה לא מהני אלא בסתמא אבל אם אמר לא תגלוה לא מהני כאו דברי הרמב"ם ז"ל מדוקדקים בתכלית הדקדוק דבדין הראשון איירי כשאמר לא תגלו מתנה זו ולכן נקט ש"מ לומר דדוקא בש"מ מהני אבל לא במלוה מחמת מיתה ובדין השני נקט מלוה מחמת מיתה לומר דזה מהני אף במלוה מחמת מיתה כ"ש בש"מ

ואף הרב המגיד ז"ל כתב שם וכן בדין הש"מ כתו' בהלכות בשם רבי' האיי גאון משמע דר' האיי גאון לא דבר אלא בש"מ ועל כל פנים צריך לומר דרבינו האיי גאון ז"ל לא אמרה אלא בש"מ אבל בבריא לא אמרי' אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי דאי רבינו האיי גאון ז"ל אמרה בבריא סותר את עצמו שהרי הרב ז"ל בב"י סימן כ"א הביא תשובה בשם רבינו האיי גאון ז"ל שכתב אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה וביטול מודעי לא משבינן ליה על דמפרשן ע"כ

וכבר ראיתי למהרש"ח ז"ל בתשובה הנז' חילק בין נאמנות לכתבוה בשוקא ואתמוה בברא לדעת רבינו האיי גאון ולדידי אין צורך דהא בבריא הא בש"מ והאיא דכתב הרא"ש ז"ל בכלל ע"ח סימן ד' שנסתייע מהרש"ח ז"ל ממנה בסימן הנז' ובסימן מ"א דס"ל להרא"ש ז"ל דאף אם לא נכתב כלל כתבוה בשוקא ואתמוה בברא כמי שנכתב דמי לע"ד לא מכרעא דההיא איירי בש"מ כמ"ש בשאלה ולפיכך השיב דאף ע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי אלא שהביא דברי התוס' ז"ל אע"פ שאינן ענין לנדון שלו כלל שהתוס' עסקי במתנת בריא שלא צוה הלוה לכתבו ואמרו שאע"פ שלא צוה דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה מיהו אם לא נכתב לא אמרינן כמי שנכת' דמי לבאר לשואל דיני מתנה טמירתא ואגב שנזקק להשיב על נדון שלו בש"מ ביאר לו כל דיני מתנה טמירת' אפי' בבריא

ומה שמוקיקני לכך הוא דאם איתא דהרא"ש ז"ל מיירי בין בבריא בין בש"מ דאע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי והביא ראיה מדברי התוס' מה זה שחזר וכתב ועוד כתב ש"ת שאמר כו' דהוי כיאודה ושוד לקרא דכיון דכבר הביא ראיה מדברי התוס' ז"ל ורבינו האיי גאון ז"ל שכתבו

שכתבו דבזמנא לא חיישינן וה"הלכ"ד למה הוצרך לחזור לכתוב דברי רבי' האיי גאון ז"ל דהיא היא ועוד דמ"ש עוד בשם רבינו האיי גאון ז"ל בש"מ אינו ענין לכ"ד דהתם הוא דהש"מ צוה שלא יגלוה עד אחר מיתה ולפיכך אמרינן דלא הוי מתנה טמירתא כיון דבשעה שהוא קונה אותה צוה שיגלוה אבל בנדון הרא"ש ז"ל שלא אמר שהכתובה בשוקא ואתמוה בברא ה"ל כמי שצוה שיסתירוה לעולם דלא מהני אפילו בש"מ כמ"ש ה"ה ז"ל בפ"ט מזכיה ואף אם תמצא לומר דמדברי ה"ה אין ראיה שהוא כתב כלשון הזה ודוקא שצוה לגלותה לאחר מיתה הא אם ציוה להסתירה לא קנה ע"כ •

ומתחילת דבריו שכתב דוקא אם צוה לגלותה משמע שאם לא צוה לגלות' אע"פ שלא צוה להסתירה לא ומסוף דבריו שכתב הא אם צוה להסתיר' לא קנה כו' שאם לא צוה להסתירה אע"פ שלא צוה לגלותה קנה אין זה כלום שהרי כתב מהריב"ל ז"ל בס"ג סימן ס"ג דגם בפוסקים אמרינן נטשה וא"כ מפרשינן דברי ה"ה ז"ל כן ודוקא שצוה לגלותה דאם לא צוה לגלותה נעשה כמי שצוה להסתירה ואף מדברי הגאון עצמו כן משמע שכתב ש"מ שאמר לא תגלו הך תפקידתא עד לאחר מיתה לא הויא מתנה טמירתא דלכי מתקיימא לאחר מיתה ההיא עידנא לאו מתנה טמירתא היא דהא אמר להו לסהדי לאחר מיתה גליוה והא ודאי הדבר מוכיח דעבידא לאיגלויי דאמר להו לסהדי בצוותו וליכא למיחש בה למתנה טמירתא ע"כ • שטחיות דברים מורות דלא אמר גאון אלא דוקא בשצוה בפירוש •

ותמהני מרבינו ירוחם ז"ל שכתב בנכ"ד ח"ו ש"מ שאמר לא תגלו צוואתי עד לאחר מיתתי אין בו דין מתנה טמירתא כך כתב רבינו האיי גאון כו' ואינו צריך לומר בפירוש גלו אותה כי אפילו בסתם אין חוששין לה ע"כ מהיכן ראה בדברי הגאון כן ומה שכתב ק"ו ק"ו פירכא הוא דבשלמא כשלא צוה לא תגלוה אלא לאחר מיתה איכא למימר מתוך טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתבוה בשוקא אבל כשצוה שלא יגלוה אם אינו מצוה שיגלוה לאחר מיתה נראה שמתנה טמירתא היא כיון דכחית לצוות שלא יגלוה ולא נחית לפרושי דוקא בחיין אבל לאחר מיתה יגלוה סוף דבר שדברי הגאון שהביא הרא"ש ז"ל בתשובה זו אינן ענין כלל לנדון הרא"ש ז"ל ועוד דאם איתא דהרא"ש ז"ל ס"ל דאפילו בבריא אם לא נכתב כמי שנכתב דמי איך מביא ראיה לדינו מדברי התוס' שדברי התוס' הם שאין צריך לפרש הנותן מתנה כדי שיכתבהו הסופר אבל מ"מ צריך שתהיה כתובה בשטר ואם לא נכתב לאו כמי שנכתב דמי אלא ודאי מוכרחי' אנו לומר דהרא"ש ז"ל בהך תשובה מדבר בש"מ אבל בבריא לא אמרינן דאם לא נכתב כמי שנכתב דמי אלא שרצה לבאר לשואל דיני מתנה טמירתא ואע"פ שרבינו ירוחם בנט"ו ח"ב כתב ומשמע מדברי הגאון ז"ל שאם אמר לא תגלו עד יום פ' ואחר כך תגלוה לא הוי טמירתא ע"כ הרא"ש ס"ל דבבריא אין הדין כן כמו שנראה שסברת הרב בעל העיטור וכיון דבש"מ הקלו בדבר זה אף לגבי אם לא נכתב בפירוש אם הוא ש"מ הקלו וכמי שנכתב דמי זה כ"ל ליישב תשובת הרא"ש ז"ל אע"פ שהוא דחוק

ולולא שאני ירא מבעלי חכים בעלי תריסין הייתי אומר דבתשו' הרא"ש ז"ל יש חיסור לשון ואחר שכתב דברי התוס' והגאון קודם מ"ש בשם רבינו האיי גאון בש"מ צריך להוסיף בה כלשון הזה ועוד כתב לא רגילין בצוואת למיחש בשתמא ומעשים בכל יום כד נפקא פקדתא דמצוה לאחר מיתה דמתנה מקיימינן לה ולא חיישינן לאו דלא כתיב בה בפרהסיא ועוד כתב כו' והן הם דברי הגאון שהביא הרי"ף ז"ל ואתי שפיר לפי זה שביאר לשואל שדברי התוס' והגאון לא נאמרו אלא בבריא שהרי כתב בש"מ כו' ואגב מה שהביא מדברי הגאון בש"מ הנוגע בעניינו שיים כל לשון הגאון גם אתי שפיר לפי זה שהביא ראיות לדינו מדברי הגאון ממה שכתב בפירוש בדינו ולא שהביאו מדקדוקא והא דכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס"ח סימן ט' אמת הוא שכל מה שנהגו לכתוב כן בשטרות יש לדון על הלשון שנהגו לכתוב כיחזינן בפ' המקבל ע"כ הוא כשכתו' בשטר שדנין ע"פ הלשון הכתוב בשטר אע"פ שלא צוה הלוה כך אבל אם לא נכתב אין לדון על פי מה שנהגו הסופרי' לכתוב

גם מ"ש הרא"ש ז"ל בפרק המקבל על הא דאמרינן דתנאי טובא דרשי לשון הדיוט שאפילו שלא נכתב כמי שנכתב' דמי ע"כ דנראה מדבריו דס"ל דכל דבר שנהגו לכתוב במדינה אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי התם מיירי כשבעלי השטר היו יודעים אותם הלשונות אבל בדבר שנהגו הסופרים לכתוב ואין ידוע לבעלי השטר אין אומרים אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי וכיון דהרא"ש ז"ל בתשובה מיירי דהכל יודעים אותו התנאי וכה"ג כ"ל למ"ש הר"ן ז"ל בשם הרשב"א ז"ל בפרק האשה שנפלו וז"ל ונראין הדברים שהכל לפי ראות עיני הדיין שאם אפשר באשה שתדע נוסח השטרות כו' יע"ש וכיון שזכינו לדין זה שדעת הגאון והרא"ש והרשב"א והריטב"א ז"ל דלא אמרינן אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי אלא דוקא במלוה מחמת מיתה אבל בבריא לא בל"ד כיון שלא נכתב בשטר שהיה הקנין בב"ד חשוב לא אמרינן כמי שנכתב דמי והמעיין בתשובות מהרש"ד ז"ל בס"ג בכמה מקומות יראה דס"ל דאם לא נכ' בשטר ב"ד חשוב יכול המוחזק לומר קי"ל וז"ל הגהות מיימוניות פי"א מה"מ ובהשו' דשייכי לס' קנין הביא דבריהם הרב ז"ל בח"מ סימן ר"ו מאודשין מ' וכתב מהר"ם ז"ל דכותבין בשטר וקנו מניה בב"ד חשוב אע"פ שלא נעשה הקנין בב"ד חשוב שבעיר מידי דהוי אמתנה דכתבינן בה כתבוה בשוקא אע"ג דלא אמרה הכי נמי אע"פ שלא אמר בב"ד חשוב כתבינן בב"ד חשוב וה"ל כאלו הודה לו שהקנה בב"ד חשוב כיון שאמר לכתוב שטר אבל אם לא אמר לכתוב שטר לא אבל היכא דסהדי כתבי את השטר ע"י קנין שבפניהם אע"ג דלא אמר כתובו שטרא וכותבין כך שקנין בב"ד חשוב והקנין לא היה בב"ד חשוב אם היה נודע לנו ע"פ שנים עדים שלא היה בב"ד חשוב ושלא צוה לעדים לכתוב שטר לא היו מוציאי' ממנו דתרי ותרי נינהו כו' ע"כ

ופירושן של דברים לפי הנראה פשוט שדעת מהר"ם ז"ל כיון שאמר לו לכתוב שטר ולא צוה שלא יכתבו קנין בב"ד חשוב ה"ל כאלו הודה שהקנ' בב"ד חשוב וכותבין בשטר וקנו בב"ד חשוב אע"פ שלא צוהו אבל היכא דלא צוה לכתוב שטר אע"פ שהעדים כתבוהו מפני הקנין שבפניהם לא היו מוציאין ממנו דכיון דלא צוה לכתוב שטר בפי' אע"פ שסתם קנין לכתיבה עומד אפשר שאם היה מצוה לכתוב שטר היה מצוה בפירוש שלא לכתוב בשטר קנין בב"ד חשוב וכן נמי היכא שצוה לכתוב שטר ואינו כתוב בשטר שקנה בב"ד חשוב אין אנו חוששין שצוה בפי' שלא לכתוב קנין בב"ד חשוב והביא ראיה ממתנה טמירתא דאמרינן דאע"ג דלא צוה לכתוב כתבוה בשוקא כיון שצוה לכתוב שטר דשתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ומיהו דוקא היכא דנכתב בשטר אבל היכא דלא נכתב בשטר לא אמרי' כמי

נמי שנכתב דמי דדילמא לוה בפירוש שלא לכתבו והאי מנהגא בפי' דעת התוס' ז"ל הוא דעת הגאון והרא"ש ז"ל כמ"ש וכן ראיתי למהר"י ן' עזרא ז"ל הובאו דבריו במהרש"ח סי' מ"א הבין כן בדברי הרא"ש,

ואמנם לדברי הרב בעל הטורים ז"ל מוכיחין שלדעת הגאון רבינו האיי ז"ל והרא"ש ז"ל אין חילוק בין מלוה מחמת מיתה לבריא שכתב ז"ל בח"מ סי' רנ"ג כתב הרמב"ם ז"ל מלוה מחמת מיתה אין צ"ל גלו את המתנה אלא אע"פ שכתובה סתם אין חוששין לו שמא מתנ' טמירתא היא וכתב רב האיי שאפי' אמר כו' ע"כ ואם איתא שהוא סובר שאף דעת הגאון כן למה כתבו בשם הר"ם במו"ל ולא בשם הגאון ומה גם שהביאו אחר זה וכתב רב האיי גאון דמשמע דמימרא ראשונה לאו רבינו האיי גאון חתים עלה אלא והאי נראה ברור דלדעת הגאון ז"ל בין במלוה מחמ' מיתה בין בבריא אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי וכיון דס"ל לרב ז"ל דהגאון ז"ל אף בבריא אמ' יה אין ספק דס"ל דאף דעת אביו הרא"ש ז"ל כן ולפי זה מ"ש בהלכות מתנה ומחילה סי' רמ"ב וכת' א"א הרא"ש האידנא דלא כתבינן בשטר כתובה בשוקא משום דנהיגי למכת' כו' פירושו הוא האידנא כד נפיק קמן שטר מתנה כתו' בסתם בלא כתובה בשוקא לא חיישינן למפסלה משום דנהיגי למכתב כן בכל שטרי מתנתא וכמו שהסכימו לפרש כן הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן רמ"ב ומהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ל"א ומ"א ותימא הוא בעיני דמ"ש בסימן רמ"ב נראה שהסכים לדעת הרא"ש ז"ל דאפילו בבריא אמרינן אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי ואילו מסימן רנ"ג יראה שמסכים לדברי הרמב"ם דוקא במלוה מחמת מיתה אמרינן אע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי אבל לא בבריא אם לא שנאמ' דס"ל להטור ז"ל דאף דעת הרא"ש ז"ל כדעת הרמב"ם ומ"ש על דבריו וכ"כ הגאון לאו דוקא לא נקוט מהא דהגאון דבש"מ אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי ואע"ג דלא קי"ל כותיה בבריא

ואף לשון רבינו ירוחם ז"ל נתקשה אלי שכתב במשרים נת"ו ח"א וז"ל וכתב הרי"ף שהאידנא שנהגו לכתבו סתמא לא חיישינן מאחר שנהגו לכתוב שכולן כתובה בשוקא ואתמוה בברא ע"כ ומשמע הוא שאין לפרש בדברי הרי"ף ז"ל והאידנא שנהגו לכתוב סתם לא חיישינן מאחר שנהגו לכתוב כך בכולן דא"כ קשיא רישיה לסיפיה דבתחלת דבריו משמע דהאידנא לא כתבין כתובה בשוקא כו' אלא בסתם כתבינן ומסוף דבריו משמע דנהגו לכתוב כן בכולן אלא כך הוא פי' של דברים והאידנא שנהגו לכתבו בכל השטרות הכי דאמר הנותן סתמא לא חיישינן מאחר שנהגו לכתוב כן בכל השטרות והוא אמר כתבו לפי המנהג רוצה שיכתב והוי כאלו אמר בפירוש כתבוה אי נמי האידנא שנהגו לכתוב כן בכל השטרות אם נכתב בשטר א' בסתמא לא חיישינן מאחר דבכל השטרות כותבין כן ודאי זה לוה לכתו' בדרך כל השטרות ומה שלא כתבוהו ט"ס הוא על דרך אחריות ט"ס הוא וזה נראה עיקר מלכתב אח"כ והרשב"א ז"ל כתב כי הכל לפי ראות עיני הדיין אם הוא בקי ואם לאו שמירתא היא דכתב סתמא עד שיכתבו בשטר וכך אמר לא כתובה בשוקא ע"כ משמע דלפי דברי רי"ף האמורים למעלה אפי' אינו בקי בנוסח אפילו לא כתבוהו בשטר כשר ואם כך הוא פירוש דבריו יש לתמוה שמכאן נראה שדעתו ז"ל דאפילו במתנת בריא אם כתוב בשטר סתמא לא חיישי' ואלו בנכ"ד ח"ו במתנת ש"מ כתב ועוד כתב רב האיי מאחר שמה מחמת מיתה ואע"פי דלא אמר כתבוה בשוקא לא חיישינן למתנה טמירתא ע"כ משמע דוקא משום שמוה מחמת מיתה לא חיישינן למתנה טמירתא הא בבריא חיישי' ואין לומר דס"ל כסברת הרשב"א ז"ל דכשאינו בקי בנוסח צריך שיכתבו כן בשטר ולפיכך כתב כאן האומר שנוה מחמת מיתה אע"ג דלא אמר כו' כלומר ואע"ג דלא אמר ואינו בקי דה"ל לכרוכי, (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן רמ"ב בהגהת ב"י אות י"ב כתבתי עוד בזה ע"ש וכתבתי מי הם הסוברים כסברא זו ומי הם הסוברי' כסברא זו ע"כ ההגה"ה)

כלל העולה שדבר זה מחלוקת בין רבוותא וגדולי האחרונים ז"ל סוברים דאע"פי שלא נכתב בשטר כמי שנכתב דמי והם הרמב"ם ז"ל בחלק א"ה סימן ק"ק וחלק ח"מ סי' ש"ד ומהרש"ח ז"ל בסי' ל"א ומ' וכן נראה מדברי הסמ"ע ומדברי השבט לדק ח"ב סי' ס"ט ויש הם סוברים דדוקא אם לא נוה הלוה יכולין העדים לכתבו אבל אם לא נכתב כלל לאו כמי שנכתב דמי וכ"כ משכני שמואל סי' ק"ג ומהר"י ן' עזרא הובאו דבריו במהרש"ח ז"ל סימן הנז' וכיון שהוא פלוגתא דרבוותא מצי ראובן המוחזק לומר קים לי כהסוברים דבבריא לא אמרינן כמי שנכתב דמי ואע"ג דהוי תרי קים לי הסכמת רוב האחרונים עלה דאמרינן קי"ל (הגה"ה וכ"ש למה שהסכמתי בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ בסי' כ"ה בהגהת ב"י אות כ"א בשם מורי הרב ז"ל וגדולים אחרים דכל שאתה מרבה בספקות וספיקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק ועוד אני אומר דבנ"ד אפילו נימא דאף בבריא אע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי יש להעמיד ההוא' ארה ביד ראובן אפילו לדעת הרא"ש ז"ל דע"כ לא קאמר הרא"ש ז"ל דכל דבר שנהגו לכתוב במדינה אע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי אלא דוקא כשאותו מנהג פשוט במדינה לכתוב כן בכל השטרות אבל אם אין המנהג לכתוב כן בכל השטרות אע"פי שבקצתן כותבין כן ובקצתן אין כותבין כן לא אמרינן אע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי וכמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ע"א כדי ליישב שלא יקשה לרב בעל הטורים ז"ל שבסי' ס"א סתם כדעת הרא"ש ז"ל ובסי' ע"א סתם כבעה"ת ז"ל וחילק כן בתירוץ הרא"ש; וא"כ בנ"ד שלפנינו שאין מנהג פשוט לכתוב כן אע"פי שכותבין כן בקצת מקומות לא אמרינן אע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי ועוד שהרי כתב הרב המובהק כמהר"ר בצלאל ז"ל בתשובותיו סי' כ"ה כדי ליישב דברי הרב בעל הטורים דלא מיירי הרא"ש ז"ל אלא בדידעינן דמלוה השטר פקיע בטיב נוסח השטרות ולכך כשמקנה סודר לכתוב שטר דעתו הוא שיכתבוהו כמנהג המדינה אבל אם אנו מכירין בלוה זה שאינו יודע בטיב שטרות לא אמרינן שדעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ע"כ ויש סמך לחלוק הזה ממ"ש הר"ן ז"ל בפרק הא' שנפלו בשם הרשב"א ז"ל וכתבתיו למעל' (הגה"ה עיין מ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ע"א בהגהת ב"י אות י"ח ע"כ ההגה"ה)

ואין לומ' דמאחר דבשטר השעבוד שביד לוי כתוב וקנינא מידם קנין שלם מעכשיו כראוי במדל"ב דהוי כראוי לא לרמוז שנעשה בב"ד חשוב ליתא כמ"ש הריטב"א ז"ל בתשו' בשם רבינו האיי גאון הביאה הרב ז"ל בסי' ע"א האי מאן דמקבל עליה למכתב שטרא בכל זכוותא אע"ג דלא ידע סברא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטר' דנא קבילית עלי כחומר כל השטרות דנהיגי בישראל קיים לכל כלל דתרות עניניה אבל תנאים כגון נאמנות וביטול מודעי לא מחשבינן ליה עד דמפרשן ע"כ והכא נמי הך דנדון דידן הב"ד חשוב דמי לנאמנות וביטול מודעי וכיון שלא נכתב בפירוש אינו נכלל בכלל מלת כראוי ומלת כראוי הוא במדל"ב כדמסברא ואזיל ואפילו שיהיה מכורש בשטר שקנין

מיון

אילו בב"ד חשוב אומר אני דבנדון דידן אפי' ראובן למימר קים לי כמהר"ש שכתב המרדכי בשמו דאפי' בקנין ושטעבשיו ובב"ל חשוב איכא אשמכתא אי נאו דאתפיס זכוותיה בב"ד וכיסברי הרי"ף ז"ל בשם הגאון ז"ל לפי כי' הרא"ש ז"ל דאע"ג דבסברא זו רבים חולקים עליה יכול המוחזק להשען עליה ולומר קים לי וכמ"ש הרא"ח ז"ל בתשובותיו סימן ס"ו וז"ל אע"פ שנעשה האשמכתא בקנין מודר ובמשכניו ובב"ד חשוב עדיין כל זה אינו שוה למען הכיל אותו מדין אשמכתא לדעת כל הפוסקים ואין להוציא אותו מיד המוחזק כל שכן שיש לו על מה שיסמוך ע"כ (הגה"ה אחר כך נדפסו תשובת הרב ז"ל ח"ב וראיתי בסי' ל"ו כתב הפך מזה וקצת תימה גם על מהרשד"ם ז"ל אני תמיה שכתב בחלק ח"מ סימן כ"ח כלשון הזה וא"כ נראה לע"ד שאחר העיון לא נשאר בב"ד מקום אסמכתא אלא ר"ת והוא יחיד כו' ע"כ ותימה שהרי ר"י והרא"ש ז"ל קאי כוותיה וכדכתיבנא ואם נראה לצרף סברת האומרים דבעינן ג"כ אתפיס זכוותיה הן רבים עתה ואיך כתב הרב ז"ל דר"ת הוא יחיד בדבר הזה וכה"ג יש לתמוה על מהר"ש די בוטון ז"ל סימן ל' דנראה מדבריו דבקנין ובב"ח ובמשכניו מסולקת האסמכתא וזה אינו כמ"ש ופה"ג יש לתמוה על מהריב"ל ז"ל ס"א ע"א סימן ק"ה והרשד"ם חלק ח"מ סימן ל"ג שכתבו דשטרי דידן שכתוב בהם דלא כאסמכתא וקנינא כו' דמהני לסלק האסמכתא ולמה לא יוכל המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דבעי' להתפיס זכוותיה בב"ד וכמ"ש מהרח"ש בתשו' הובא' בס' משפט צדק ח"א סי' א"ב וכן מצאתי בתשובה להרא"ד ב ז"ל סימן רכ"ה תפס על מהריב"ל ז"ל למה פסק להוציא נגד האומר דבעינן שיתפיס זכוותיה וכתב דאולי שמך הרב ז"ל בתשובה ההיא על הטענה האחרת ע"כ ההגה"ה) ואע"פ שבשטר שביד לוי כתוב לכן לבטחון משכן ושעבד לו הוג'ארה אחת וקנינא קנין שלם מעכשיו אין זה התפסה דאיכא למימר שמשכן ושעבד לו ההוג'ארה מעכשיו לכשיתקיים התנאי שיהיה שלו אבל לא שוכה עתה בהוג'ארה כיון שלא החזיק בה בשעה שהתנה

וראיתי בתשובות מהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קע"ז על שטר שהיה כתוב בו באו פ' ופ' ואמרו הוו עלינו עדים וקנו מתני מעכשיו בק"ג ושלם כו' וליותר יפוי כח פ' הנז' שם את הבתים שלו בתורת אפותיקי שאם לא יפרעגו לזמן פ' שיהיו הבתים שלו מעכשיו בקנין שלם וכל חזוקי סופר כו' וכתב הרב ז"ל דיש לספק דאכתי הוי אסמכתא ולא קניא ליה כו' ואם כן יראה דבב"ד כיון דלא באו הבתים ליד פ' בתורת משכנתא לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה ולא היה תפוס בהם ככי מה שכ' מתחלה אפי' שהתנאי שהתנו שאם לא יפרע לזמן פ' הבתים קנויים לו נעשה התנאי מעכשיו עדיין יראה דהוי מילתא דאסמכתא ולא קנה פ'

איברא כפי מ"ש הריב"ש ז"ל כו' אבל מ"מ כיון דהך מילתא היא פלוגתא דרבוותא אם כן קרקע בחזקת בעליה עומדת ולא קנה ע"כ הנה בבירור נראה מדברי הרב ז"ל דבב"ד אינו מוציאו מדין אשמכתא אם לא החזיק בקרקע וזה ברור ואע"פ שכתוב בשטר שעתה מסר המפתחות ביד יהודה ונתן לו רשות שימסור המפתחות ביד לוי ולמכור ההוג'ארה כו' ויראה לכאורה דהויא התפסה זה אינו דאדרבא לשון השטר מוכיח דלא מסר המפתחות ביד פ' שיהנס לו עתה אלא דוקא לזמן שקבעו ביניהם ואע"פ שעתה מסרם ביד שלישי ללו כלום הוא דמסירה בב"ל בעינן ולא ביד שליש כמ"ש הר"ב הטורים ז"ל בסימן כ"ד ואפי' היה מוסר המפתחות ביד לוי עצמו אין זה הוכחה שהחזיק בקרקע שגדולי הפוסקים הסכימו דמסירת מפתח אינו קונה וצריך להחזיק ולא מהני מסירת מפתח אלא שלא יצטרך לומר לו לך חזק וקני וכמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קל"ב וכיון דמסירת מפתח אינה קונ' צריך לוי להביא עדים שהחזיק בקרקע וכל זמן שלא אינו מביא עדים מצי ראובן לומר קי"ל כאותם האומרים דכדי לסלק האסמכתא צריך קנין ומשכניו וב"ד חשוב ומתפיס זכיותיו בב"ד חשוב כ"ש וק"ו בהלכרכות מ"ש המרדכי בשם רבינו האיי דאפי' דאיכא קנין וב"ד חשוב ואתפים זכוותיה לא מהני לסלק האסמכתא והאי דנדרים רבי יוסי היא ולית הלכתא כוותיה

ואיברא דסברא זו בטלה לגבי כל הפוסקים ולית דחש לה ואפי' המוחזק אינו יכול להשען עליה ולומר קים לי כהאי סברא דיחידאה היא ולא ראינו לכל הפוסקי' המפורסמים שהזכירו סברא זו ובודאי דלא ס"ל הכי הילכ' לית דחש להאי סברא וכמ"ש מהרח"ש כר"ו הובאו דבריו בספר משפט צדק חלק א' סי' ב' מ"מ סגיף מיהא לסברא האחרת הוי

אבל מה שעומד לנגד ראובן לכאורה הוא מ"ש בשטר ונשבעו שבועה חמורה לקיים כל הנז' דלא כאסמכתא וכתב הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ר"ז כתוב בהגהות וכתב הר"ם ז"ל דנדר ושבועה ותקיעת כף מהני באסמכתא כו' וכ"כ בשלטי הגבורים אשר סביב המרדכי בפ"ק דשבועות וכ"ל שדעת הר"ם ז"ל דהשבועה עושה קנין כדעת אותו הרב שהביא הריב"ש ז"ל בתשובה סימן של"ה ושמ"א ושמ"ד ועיין גם בסימן שפ"ז דאם דעת מהר"ם ז"ל כדעת הריב"ש ז"ל בסימן הנז' דאע"פ שהשבועה אינ' עושה קנין חייב להשלים וכ"מ שאין יורדין לנכסיו ואם מת אין יורשין חייבים להשלים ואם בדיעבד התירו לו שבועתו מותר לתתן דס"ל הכי לא הי"ל לומר מהנו באסמכתא דמשמע דמהנו לעשותה קנין אפילו באסמכתא אלא כך הי"ל לומר דנדר כו' משלימין באסמכתא ועוד דמהראיות שהביא דרובו ע"י דהי משמע שעושה קנין ולא לענין השלמה וכן מוכיחין בפירוש דברי הרמ"ס ז"ל חלק נ"ת סימן כ"ח וקע"ה ורע"ד ומהר"ס נחלאגטי ז"ל סימן קי"א ועיין בהרשד"ם ז"ל חלק א"ה סימן כ"ו וע"ב וכן כ"ל מתוך דברי הרלנ"ח ז"ל סימן ק"ג בסופו וכן נראה גם כן מתשובות מהר"ס מפאדוה ז"ל סימן ל' (הגה"ה וכן יש לדקדק מדברי מורי הרב ז"ל בתשובה ח"א סימן ס' שכתב שחייב להשלים מכח השבועה והביא דברי הריב"ש ז"ל ולא הביא דברי הר"ס ז"ל וכ"כ מהר"ם איסרלאס ז"ל בתשו' סי' ק"א ע"כ הגה"ה)

ויראה לכאורה שזה דעת הרי"ף ז"ל בתשובה שהובלה בס"הת שער מ"ב והובאה בב"י ח"מ סימן פ"א שכתב כלשון הזה כיון שאומר דבר זה בשבועה כאלו נטל לאותם עדי' קנין על כדע"כ וכו' מעיינינן שפיר לא היא שאם דעת הרי"ף ז"ל כך הי"ל כיון שנשבעו קנה חבירו אלא שהכונה לומר דהוי כאלו נטל קנין ולא כנטל קנין ממש דאלו נטל קנין קונה מצד הדין ובשבועה חייב להשלים מכח שבועתו ופירוש דברי הרי"ף ז"ל כך הם כאלו נטל קנין לאותם עדים וכשם שאם נטל קנין אינו יכול לחזור בו מחמת הקנין כך בשבועה אינו יכול לחזור בו מחמת

השבועה שחייב להשלים מכח שבועתו אבל בפסקי מהר"ס
ריקאנטי ז"ל סי' של"ו כתב ובתשובת הרי"ף ז"ל מצאתי
דאין בנדרים והקדשות דין אסמכתא שהנדרים כולם בלשון
אסמכתא הם כו' ע"כ מלשון זה נראה דס"ל דאסמכתא
שנשה קנין היכא שהיא בנדר ובשבועה כמ"ש לדעת מהר"ס
ז"ל אבל מהר"ס מטראני ז"ל ח"א סי' ע"ח ומשפט צדק ח"ב
סי' ס"ט השכימו לדברי הר"ס ז"ל עם דברי הריב"ש ז"ל
ואשיקרא דדינא הר"ס מפורש בסי' ז' ומהרש"ך בח"א סי'
ס' וקל"ה ומהר"י אדרבי ז"ל בסי' ל"ו וק"ח ומשפט צדק
בח"א סי' א' ומהרח"ש ז"ל בסי' ב' ומהר"י הלוי גם בסי'
ד' (הגה"ה ומורי הרב ז"ל בח"א סי' ס' והר"ס די בוטון
סי' ל' ע"כ הגה"ה) ותמהני מבעל משפט צדק ח"ב סימן
ע"ט שכתב שאע"פי שמהר"י אדרבי ז"ל חולק אין לחוש ואני
ראיתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' הנז' מסכים עם הריב"ש ז"ל
שוב ראיתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' ע"ד וסי"ט כתב כדברי
משפט צדק ועיין בהריב"ש סי' של"ה ועיין בסמ"ע • כלל
העולה דל"ת להר"ס ז"ל דעושה קנין למאן דמפרשי דבריו
הכי אלא אפילו למאן דלא מפרשי דבריו הכי ולהריב"ש אע"כ
שאינה עושה קנין חייב להשלים מכח שבועתו וא"כ בנ"ד
דאיכא שבועה לכאורה היה נראה שחייב להשלים שבועתו
ואע"פי שכתב מהריב"ל ז"ל בח"א סי' ע"ב דמי שנתחייב
בדבר שאינו קצוב ונשבע דיכול לומר שבועה אין כאן שקנין
אין כאן שבועה אין כאן ומתוך דברי מהר"א ששון ז"ל בסי'
מ"ו ובתשובה להרב מהר"א חסון הבנתי שדעתם נוטה קצת
לדברי מהריב"ל וא"כ בנ"ד נ"כ יכול לומר קנין אין כאן
דהוי באסמכתא שבועה אין כאן וכן ראיתי לחכם אחד
שהובאו דבריו במהר"ס מטראני ז"ל ח"א סימן ע"ח כתב
דהמקנה באסמכתא אע"פי שנשבע אינו חייב להשלים דקנין
אין כאן שבועה אין כאן

וכ"ל דלחילוק מהריב"ל ז"ל בח"א סי' ע"ו שחילק בענין
זה בין כשהפטור ידוע לשאינו ידוע דכשהפטור
ידוע חייב להשלים מכח שבועתו וכשהפטור אינו ידוע
יכול לומר קנין אין כאן שבועה אין כאן יוצא דכל קנין
שנעשה באסמכתא אם האסמכתא מבטלת הקנין אם נשבע
חייב להשלים מכח שבועתו אפילו לדעת מהריב"ל וסיעתו ז"ל
אבל אם האסמכתא הוי מחלוקת דלמר הוי אסמכתא ולמר
לא הוי אסמכתא או דאע"ג דהוי אסמכתא לכ"ע למר הקנין
או דבר אחרת מבטלת האסמכתא ולמר אינו מבטלה הוי
דומיא דהמתחייב בדבר שאינו קצוב ונשבע דיכול לומר
לדעת מהריב"ל וסיעתו ז"ל קנין אין כאן שבועה אין כאן
וא"כ בנדון שלפנינו שהאסמכתא היא במחלוקת כיון שהיא
בקנין ובשבועה אע"פי שנשבע קנין אין כאן שבועה אין
כאן לדעת מהריב"ל ז"ל וסיעתו (הגה"ה אחר זמן רב
נדפסו תשובת מהר"ס די בוטון ז"ל וראיתי בסימן ל' כתב
דאסמכתא בקנין ונשבע אע"ג דהוי האסמכתא במחלוקת
אפילו לדעת מהריב"ל ז"ל חייב להשלים מכח שבועתו דאע"ג
דהוי במחלוקת כיון דלרוב' דרבוותא ומכללם הרמב"ם ז"ל לא
קנה הוי כפטור ידוע משא"כ מחייב עצמו בדבר שאינו
קצוב דלכ"ע קנה זולת לדעת הרמב"ם ורבותיו ואיכא למ"ד
דכ"ע לאו דינא דהרמב"ם ורבותין גמירי והביא ראייה
מתשובת הריב"ש ז"ל שהיה אסמכתא בקנין ובשבועה ואף
ע"פי כן כתב הריב"ל גם דחייב להשלים שבועתו מטעם
דידוע לכל שלא קנה ואיפשר לי לדחות ראייה זו שלא כתב
כן מהריב"ל ז"ל אלא לתת טעם להריב"ש ז"ל למה חייבו
מכח השבועה ועל זה השיב כיון דהריב"ש ז"ל סברא דנפשיה
אית ליה דקנין אינו מועיל לסלק האסמכתא חייבו מטעם
השבועה אבל לדידן דאיכא מחלוקת ונהגינן לומר קים לי

אף באסמכתא וקנין ונשבע קנין אין כאן שבועה אין כאן
וא"כ זיכני ה' שנדפסו תשובות הרא"ב ז"ל אבין של מהר"ס
די בוטון ז"ל וראיתי בסי' כ"ט וקכ"ב כתב כדברי דאסמכתא
דאיכא פלוגתא דרבוותא אע"כ שנשבע יכול לומר קנין אין
כאן שבועה אין כאן לדעת מהריב"ל וסיעתו ז"ל ובתשובה
אחרת כתבתי קרוב לת"ש מהר"ס די בוטון ז"ל דע"כ לא
קאמר מהריב"ל ז"ל דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב
ונשבע דיכול המוחזק לומר קנין אין כאן שבועה אין כאן
אלא דוקא בנדון זה דהמחייב בדבר שאינו קצוב דלהחולקים
על הרמב"ם ז"ל אין שום צד שלא יתחייב ולכן אמרי' שלכ"ע
קנה ולכן נתחייב ונשבע אבל באסמכתא דלכ"ע יש צד חיוב
ויש צד פטור בכל עוד שזה יודע דאסמכתא לא קניא יש לנו
לומר שהוא יודע שלא קנה אלא בקנין או משכנו או בב"ד
חשוב או בשטרות' וכיוצא או כתיקון חכמי ספרד למר כדאי'
ליה ולמר כדאית ליה כל שנשבע חייב להשלים מכח שבועתו
ע"כ הגה"ה)

הא לאו מילת' היא דאיברא ודאי שכן דעת מהריב"ל ז"ל
ואותו חכם שהובא במהר"ס מטראני ז"ל מ"מ כל גדולי
האחרונים בזמן הרב והבאים אחריו חולקין עליו וסוברים
דכל שנשבע חייב להשלים מכח שבועתו ואינו יכול לומר
קנין אין כאן שבועה אין כאן והם מהר"ס מטראני ז"ל גם
בסי' הנז' שדחה דברי החכם ההוא וכתב שחייב להשלים
מכח שבועתו ומהר"ס אלשיך ז"ל סי' כ"ו והרש"ס ז"ל
חלק א' סי' קכ"א וחלק ח"מ סי' ל"ד וס"ב ומהרש"ך במוקמו
סי' ד' ובח"ג סי' ז' ול"ד ומ"ה ומהרש"ח ז"ל בתשובה סי'
נ' ובסי' י' שמו וגם מהרש"ך ז"ל ומהר"י הלוי הובאו
דבריו בספר משפט צדק ח"א סי' ד' ובעל הספר בח"ב סי'
כ' וכ"ב ול"ו וכ"א (הגה"ה והרא"נ"ח ז"ל ח"ב סי' ס"ו ומורי
הרב ז"ל בח"ת סי' ס' ע"כ הגה"ה)

אבל מצאתי מקום פטור לראובן אע"פי שיש שבועה
בנדון שלנו אפי' לדעת הרש"ס ומהרש"ך וסיעתם
ז"ל דע"כ לא קאמרי הרבנים הנז' דחייב לקיים תנאו מכח
השבועה אלא כשיש ספק ביד בעל השבועה לקיים שבועתו
ויש לאל ידו לקיימה בכל אות נפשו בלי עיכוב וזולתו אבל
בנדון דידן דשמעון מכר ללוי וראובן קנאה דהוי אסמכת'
אע"פי שיש עמה שבועה דנהי דהיכא דאיכא שבועה חייב
להשלים שבועתו מיהו מחמת הדין אינה קונה כיון דהוי
אסמכתא והשבועה אינה מסלקת האסמכתא וכ"מ שהא
מת כו' וכמ"ש למעלה יכול ראובן לומר כיון שמצד הדין
קניתי ההוג' ארב' ואין שעבוד לוי הוציאתה הרשותי דהוי
אסמכתא אם הוא רוצה לקיים שבועתו מה לי ולצרה
בשביל שיקיים הוא שבועתו אפסיד אני זכותי

ושעד לדברי מצאתי בתשובות מהר"י אדרבי ז"ל סי' ק"ח
בראובן שנתחייב באסמכתא בשבועה ושמעון
נעשה לו ערב השיב הרב ז"ל דשמעון יכול לומר כיון דמצד
הדין אין חובו של ראובן כלום גם אני אין חיובי כלום ואף
ע"פי שיש לחלק מנדון הרב לנדון שלנו דשאני התם דאף
אם שמעון לא יתן כלום יכול ראובן לקיים שבועתו אבל
בנ"ד דאם ראובן אינו רוצה ליתן ההוג'ארה שמעון אינו יכול
לקיים תנאו מ"מ הדין נראה לי דין אמת כמ"ש וכן יש
להוכיח מתשובת מהר"א ששון ז"ל סי' פ"ט שכתב דהנשבע
שלא למכור שדהו לפלוני ומכרו לשוכה המוכר דלא מכני
שב טעו של זה נגרע כחו של מוכר ע"ש והדברים מוכרחים
מצד עצמן דאם אתה אומר דלא קנה הקונה מפני שחייב
להשלים שבועתו א"כ מי שנשבע שלא ימכור דבר זה או שלא
יתן דבר זה ועבר על שבועתו ומכרה או נתנה אין במעשיו
כלום ואנן קי"ל דמכרו מכר ומתנתו מתנה שלא כדברי
הנמ"ר

אה"ר בסוף שבועת הדיינים וכמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סוף סימן ר"ה והרשד"ם חלק י"ד סי' ד' וקט"ו ומהר"ם אלשיך ז"ל סי' ע"ה ותיהו למהר"י וייל ז"ל בסי' קנ"ו והשמ"ע והראנ"ת בסי' מ"ב שהובאים לדברי הגהות מרדכי בנדון שלנו חייב לשלים ושוגייא דעלמא לא אזלא כותייהו

עוד אחרת יש בנ"ד שאפילו נאמר שלדעת הרשד"ם ומהרש"ך ז"ל מוציאין מיד ראובן כדי שיקיים שמעון שבועתו כיון דלדעת מהריב"ל ז"ל אין כאן חיוב שבוע' אפילו לשמעון עצמו יכול ראובן המוחזק לומר קים לי כמהריב"ל ז"ל דקיין אין כאן שבועה אין כאן וב"ד אין בידם לכופם על זה דלמי יכופו אם לשמעון אין בידו לקיימה אם לראובן כיון שהוא אינו עובר על השבועה יכול לומר קים לי כמהריב"ל ז"ל

עוד אני אומר שבין למהריב"ל בין למהרשד"ם ז"ל בנדון דידן ששמעון בעל השבועה אין עומד כאן אין מוציאין ההוג'ארה מיד ראובן דטעניגן ליה שהוא לוקח דאם שמעון היה כאן היה טוען שלוי התיר לו שבועתו ונאמן על כך שהוא דבר המסור בינו לבין קונו או היה טוען שב"ד של שלשה התירו לו שבועתו לדעת הרבה מרבוותא אם התירוהו מותר ומ"מ טוב בשיני וכשר הדבר לעשות כל מה דאיכשר ששמעון לא יעבור על שבועתו מכל וכל שיתפים שמעון ללוי ע"י יהודה מפתחות ההוג'ארה בפני עדים ע"מ שיחזירם לראובן ובזה יצא י"ח שבועתו שלשבע שימסור לו המפתחות ואע"פי שמסרם לו ע"מ להחזיר קי"ל מתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה וכמו שהיה סבור הרב ר"מ בנימין הובאו דבריו בתשובות הריב"ש ז"ל סי' שמ"ה והכא נמי מסירה על מנת להחזיר שמה מסירה ואפילו לדברי הריב"ש ז"ל שחולק על הר"ס בנימין גם בנ"ד דאינו חייב ראובן להחזיר ההוג'ארה פמ"ש יודה הריב"ש ז"ל דבהכי סגי כיון שאין בידינו לכוף לראובן שיחזיר ההוג'ארה

ומטעם אחר נראה שיש להעמיד ההוג'ארה ביד ראובן שמתוך השטר נראה שהתנה שמעון עם לוי שאם לא יבא תוך פ' יום שתהיה ההוג'ארה שלו הא אם יבא תוך פ' לא תהיה ההוג'ארה שלו וכיון שיש עדים לראובן שבא שמעון תוך שמונים יום נתבטל השעבוד שהשעבוד היה בתנאי דלא אבא דאם לא יבא נתן לו רשות למכור ההוג'ארה אבל אם יבא אין כאן שעבוד כלל שכן הוא משמעות השטר אבל אין לפרש לשון השטר שהשעבוד הוא מעתה ומעכשיו בין יבא בין לא יבא אלא שם התנאי זה דאם לא יבא תוך פ' יום כדי שאם יבא שמעון וירצה לפרוע לבעל חובו בתוך פ' יום לא יוכל לוי לעכב על ידו לומר שההוג'ארה קנויה מחמת שטר השעבוד שדברים אלו מוקשים מן הדעת ולא יעלה על לב לפרש כך לשון השטר שאם כן הי"ל לכתוב בלשון הזה ולבטחון ביד לוי משכן ושעבד אוג'ארה אחת הידועה לו כו' שכל זמן שיבואו הזמנים לתבוע חלקו של שמעון ושמעון לא יהיה בעיר מעתה ומעכשיו כתן לו רשות כו' אלא ודאי שתנאי היה דבריהם שאם יבא שמעון תוך פ' יום אין כאן שעבוד כלל ואת תאמר אף שדברי השטר מסופקים דמשתמע לתרי אנפי דמשמע הכי ומשמע הכי יש לזכות לראובן ולחייב ללוי מטעם דיד בעל השטר על התחתונה כל זמן שלא נכתב בשטר יד בעל השטר על העליונה ובנ"ד שאין כתוב בשטר יד בעל השטר על העליונה מפרשינן הפירוש שהוא לחובתו של בעל השטר הא ליתא דכיון דכתוב תוך השטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי אע"פ שאין כתוב בשטר יד בעל השטר על העליונה אמרי' דיד בעל השטר על העליונה כמ"ש רבים וגדולים מהפוסקים כמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ

סימן מ"ב דאע"ג דרבים וגדולים חולקים כבר כתבתי לעיל דכיון דבמחלוקת זה יוצא למחלוקת אי מיקרי מוחזק או לא אין לומר קים לי כיון דבהא קיימינן כמ"ש גדולי האחרונים ואית לן למיזל בתר הרוב והכא הרוב אומרים דכיון דכתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי יד בעל השטר על העליונה

ואף אם נאמר דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא מצי המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דיד בעל השטר על התחתונה אע"ג שכתוב בשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי וזכה ראובן ליתא דאם אנו אומרים יד בעל השטר ע"הת היינו בדבר שאין השטר מתבטל לגמרי אבל בדבר שהשטר מתבטל לגמרי בכ"ע אין אומרים יד בעל השטר על התחתונה וכמו שנלמד מתשובת הרא"ש כלל ס"ח סימן ט' הובאה בס' הטורים סימן מ"ב סי"ד וכמ"ש הרב ז"ל גם בב"י וכתב שכן כתב נמקי יוס' בפג"פ וה"ה ז"ל בפכ"ג מה"מ בשם ר"ח ור"ש והרמב"ן והרשב"א וכ"כ הריב"ש ז"ל בסימן תי"ג בשמם וכ"כ טור בסימן שמ"ה ות"פ וכ"כ בעל התרומות ז"ל בשער כ"ו בשם ר"ח ובעל העיטור וכתב הרשד"ם בחח"מ סי' כ"ו שכן דעת כל הפוסקים

ויש לתמוה שמדברי הרשב"א ז"ל בתשובה שהביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ט"ל מחודשין כ"א יש להוכיח דס"ל דאף אם מתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וגם על הרב בב"י גם יש לתמוה שכתב בשם ה"ה ז"ל שכתב בשם הרשב"א ז"ל דכשהשטר מתבטל לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ולא ביאר שהרשב"א ז"ל בתשובה הנז' חלוק על זה ואפשר לומר דס"ל דהרשב"א ז"ל בתשובה הנז' אינו חולק על הרא"ש ז"ל וס"ל דכי אמרינן דהיכא דהשטר מתבטל לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה היינו דוקא היכא להשטר עשוי כתקנו בכל דיניו אלא שאנו מסופקים בהבנתו אבל היכא דאפשר להבין דהשטר לא נעשה כדינו כגון ההיא דהרשב"א ז"ל דאפש' דלא נטלו קנין אמרינן אי נמי כדכתב הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש כ"ד דלא אמרינן דהיכא דהשטר מתבטל לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא היכא שהספק נופל בכונת הנותן הו"ל לוה אבל היכא דאיכ' למימ'טעו אמרי' (הגה"ה עיין בס' כנסת הגדולה חח"מ סימ"ב בהגהת ב"י אות כ"ג עד כאן ההגה"ה)

ואם להשך אחר נומר הגם שנפרש לשון השטר בתנאי דאם לא יבא הא קי"ל דבכל תנאי צריך ד' דברים תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי בדבר שאפשר לקיימו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפי"ו מה"א ובפ"ג מהלכות זכיה והטור חלק א"ה סימן ל"ח וקמ"ג ובח"מ סימן רמ"א ובנ"ד דאין כאן תנאי כפול ואחר התנאים התנאי בטל והמעשה קיים וזכה לוי בהוג'ארה אף אם אמר לו דכיון דיש בו זמן או קנין דהוי כמעכשיו אין צורך אל התנאים וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובותיו סימן תתקע"ט ואלף קכ"ה ואלף קמ"ב אבל יש לתמוה עליו ממ"ש ה"ה ז"ל בפ"ט מה"ג וז"ל והרשב"א ז"ל כת' דהא דשמואל בראמ' מעכשיו כו' ומכאן הקשה לדברי הגאונים ז"ל שאומרים דבזמנשיו אין צורך אל משפטי התנאים והניח הדבר בצ"ע ונ"ל שהרשב"א ז"ל דעתו כדעת הרי"ף ז"ל דאין הלכה כר"מ בתנאי כפול ובגיטין דאתקין שמואל תנאי כפול לרווחא אתקין וכמ"ש בתשובות הנז' ועל יסוד זה כל דבריו מיוסדים על אדני כן דסובר הרב ז"ל דבממונא אעיקרא דדינא לא בעינן תנאי כפול ואף אם נאמר דבממונא קי"ל כר"מ דבעינן תנאי כפול בהומר מעכשיו לא בעינן תנאי כפול והוא מ"ש בתשובות הנז' אבל באיסורא

אע"ג דמדינא לא בעינן תנאי כפול שהואל והתקין תנאי כפול ומ"מ לא חילק בין אם למעשיו דהא התם איירי במעשיו וכמו שהכריח הרב ז"ל ותו כיון דחשש שהואל להוראה והתקין תנאי כפול אע"ג דמדינא לא בעינן תנאי כפול אף בע"מ דבממונא מהני בלא כפילת התנאי והשב לחומרא והשיף לכולו חומרי והתקין שאף בע"מ צריך לכפול ודברי הרב המגיד ז"ל בפ"ט דגירושין בתילת' דאיסורא הוא ומה שהרשב"א בתשובותיו דקא עסיק לענין ממונא הביא ראיה מפרק מי שאחזו דהוי מילתא דאיסורא לאו דהכי ס"ל אלא מייתי ראיה מהתם דאפילו באיסורא כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי דאין צריך לכפול תנאו וכל משפטי התנאים ונקוט מיהא פ"גם דאע"ג דלא קי"ל הכי באיסורא כיון דשמואל סבר דלא כוותיה בממונא בנדון הרב ז"ל נקטינן כוותיה כיון דליכא מאן דפליג עליה אלא שמואל ושמואל לא פליג אלא במילת' דאיסורא דאפילו תנאי דאם ס"ל דמדינא לא בעינן תנאי כפול אלא משום חומרא דאיסורא אבל בממונא מודה שמואל דלא בעי תנאי כפול ואי בעינן בע"מ ובמעכשיו לא בעינן וזה נר' מפורש בתשובתו סימן אלף ש"ו ומוכרח לפרש כן בדברי הרשב"א ז"ל דאלת"ה אף בתשובותיו פליג מדידיה אדידיה שבסימן הנז' סימן תתקע"ט והלף קב"ה נראה דס"ל דאף בממונא בעינן תנאי כפול ובסימן אלף ס"ו וכן בחידושין לגיטין פרק מי שאחזו השיב דבע"מ לא בעינן תנאי כפול אלא ודאי כדאמרן

ואף דעת רבינו ירוחם ז"ל נ"ל שהוא כן שהוא ז"ל הביא שתי הדעות ובאחרונה הביא דעת הרי"ף ז"ל משמע דהכי ס"ל אלא שראיתי לו ז"ל בהלכות גיטין כתב צריך ליזהר בכל התנאים כו' כגון הרי זה גיטך על מנת שתחזיר לי את הנייר ע"כ ומלכת' כגון הרי זה גיטך על מנת משמע דס"ל דאפי' בע"מ דהוי כמעכשיו בעי תנאי כפול וזה סותר למה שנראה מדבריו וכמ"ש ואף אם נאמר דמ"ש כגון זה הרי גיטך כו' לדוגמא נקטיה ולאו דוקא יקשה מ"ש למעלה מזה ואם אמר ע"מ שתחזי' לי כבר כי כבר התנה ובכל תנאי בעינן תנאי בדבר אחד אחד ומעשה בדבר אחר וכאן הכל בדבר אחר ולכך התנאי בטל ע"כ משמע דס"ל דאפילו בעל מנת ומעכשיו בעינן כל משפטי התנאים ׃

ונ"ל שכן הוא האמת דס"ל כהרי"ף והרמב"ם ז"ל דבמעכשיו ובע"מ לא בעינן תנאי כפול אלא דס"ל ז"ל דאי מהני ע"מ היינו דוקא היכא דהתנאי לא הוציאו בלשון נאות כגון שלא כפל תנאו וכיוצא בזה אבל היכא דהתנאי אפילו שהוציאו בלשון נאות לא מהני מכני שהוא עניו גרוע ולא גרם דבר האמירה כגון תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר לא מהני וכמו תנאי שא"א לקיימו ואפי' בע"מ כמ"ש כל הפוסקים וזהו שכתב בהלכות גיטין צריך ליזהר בכל משפטי התנאים לריש' שיהיה כתנאי בני גד ובני ראובן ושלא יהיה תנאי בדבר א' ומעשה בדבר אחר כגון הרי זה גיטך כו' והאי כגון הרי זה גיטך אתנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר דסליק מיניה קאי דזה אפי' בע"מ לא מהני וזהו שכתב לעיל ובכל תנאי בעי תנאי בדבר אחד ומעשה בדבר אחר כו' כיון דלא גרס האמירה ובביאור כתב הרב ז"ל בנכ"ד ח"ד גבי ההיא דאמרינן התקדשי לי במנה ונתן לה דינר כו' וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואע"פי שלא הזכיר שום תנאי ה"ל כאלו כפליה לתנאיה וכאלו התנה ע"כ אך דברי רבינו ירוחם ז"ל קשים להלמם מצד אחר דבה' קדושין נכ"ד ח"ד כתב כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי ובעינן תנאי כפול כו' וכל אלו התנאים

תתלאם בעינן גם כו' וגם ביארתי כי בקדושין וגירושין בעינן כל אלו הדרכים ע"כ המובן מדבריו נראה הרב ז"ל לומר דדוקא בקדושין וגירושין בעינן כל אלו התנאים אבל לא בממונא

ותמהני דבספר המישרים נ"ט ח"א שהוא עסוק בממונא הביא מאלו' רבוות' אי בעינן בע"מ ומעכשיו הנאי כפול או לא משמ' דס"ל דבממונ' בעינן תנאי כפול ובפירוש כתב אחר כך שהעיקר כמי שאומר דאפי' בע"מ בעינן הנאי כפול וכן ראוי לעשות והוא הפך מ"ש בהלכות קידושין ויותר יש לתמוה דבהל' קידושין רמז דבהלכות גיטין כת' דדוקא גבם בעינן תנאי כפול ובהלכ' גיטין נראה מדבריו איפכא שכתב צריך ליזהר בכל התנאים כו' וכבר כתבתי בספר המישרים דיני התנאים במשא ובמתן ע"כ ומדבריו אלו נראה דס"ל דבממונא בעינן תנאי כפול ותו קשיא לי עלין בהלכות גיטין שכתב והרמ"ה ז"ל וקצת פוסקים כתבו כי באיסורא לא בעינן תנאי כפול א"א דוקא בממונא ע"כ • והדברים אלו לנהורה ולפום ריהטא אין להם שום

ועיקר וצריך ליישב דהא אמרינן אתקין שמואל בגיטא אם לא מתי כו' דמשמע דבעינן תנאי כפול באיסור' דליכא למימר דס"ל כסברת הרי"ף ז"ל דלרווחא דמילתא אתקין כן דא"כ בממונא אמאי בעי תנאי כפול ה"א הרי"ף ז"ל כתב דבממונא לא בעינן תנאי כפול וגם אין לומר דס"ל דקי"ל כר"מ ודוקא בממונא ושמואל אתקין אפילו באיסורא לרווחא דמילתא דהא סברת ר"מ לגבי קדושי' איתנייא בפרק האומר ועוד אי ס"ל דשמואל לרווחא דמילתא איתקין אפילו באיסורא לא הי"ל להחליט המאמר ולומר דבאיסורא לא בעינן תנאי כפול דהי"ל לרב ז"ל לפרש דדוקא מדינא לא בעינן תנאי כפול אבל לרווחא דמילתא אתקין שמואל תנאי כפול

והאומר אני דמ"ש ר"י בשם הרמ"ה ז"ל וקצת פוסקים קאי אמאי דכתב לעיל מחלוקת גאונים דאיכא מאן דס"ל דבכל מיני תנאים אפילו בע"מ בעינן משפטי התנאים ואיכא מ"ד דבע"מ ומעכשיו לא בעינן תנאי כפול בין באיסורא בין בממונא ועל זה כתב בשם הרמ"ה ז"ל דבאיסורא לא בעינן תנאי כפול ומיירי בדאמר ע"מ ואזלינן להומרא אם לא נתקיים התנאי הוי מקודשת וספק מגורשת דדילמא תנאי כפול בעינן ותנאי בטל והמעשה קיים הו דילמא לא בעינן תנאי כפול ויכל שלא נתקיים התנאי אינה מקודשת ואינה מגורשת ומ"ש כי באיסורא לא בעינן תנאי כפול כלומר אינו דין קבוע דבעינן תנאי כפול וגזי לא הוי תנאי כפול מקודשת או מגורשת אלא אזלינן להומרא הון מממונא דאם נתקיים התנאי נתקיים המקח ואם לא נתקיים התנאי המקח בטל ויותר נאות נ"ל לפרש בדבריו כמו שפירשתי תחילה דס"ל דהלכה כר"מ דוקא בממונא אבל לא באיסורא ושמואל לרווחא דמילתא אתקין אף באיסורא כדי שלא יקשה עליו מה שהקשיתי למעלה דבהלכות קידושין נראה מדבריו דלוקא בקדושין ובגרושין בעינן אל משפטי התנאים ורמז שכתב כן בהלכות גיטין ועיננו הרואות שלא כתב כן בהלכות גיטין אדרבא הפך שנראה מדבריו דס"ל דאפילו בממונא בעי הנאי כפול ואם נפרש מ"ש בשם הרמ"ה ז"ל והפוסקים כמ"ש יש לפר' מ"ש בהלכות קדושין וגם בגיטין ביארתי דבקדושין וגירושין בעינן כל אלו הדרכים ר"ל שבגיטין ביאר שאף בגירושין וקדושין בעינן כל אלו הדרכים מדינא ולא לרווח' דמילתא לאפוקי מדעת הרמ"ה ז"ל וקצת פוסקים שסוברים דדוקא בממונא בעינן תנאי כפול מדינא אבל לא באיסורא ואע"ג דסברת ר"מ לגבי קדושין איתניהו ס"ל להרמ"ה ז"ל ולקצת

פוסקים שאינ"פ כר"מ סובר דבעינן תנאי כפול בין באיסורא בין בממונא ורבנן פליגי עליה דבכל דוכתא לא בעינן תנאי כפול מיהו אנן נקטינן כרבנן לגבי איסורא מהום דאע"ג דגיטא שלא הולך הדבר לא אמרו אלא דוקא להשיעכו דין תנאי כפול כר"מ גיטא דאתאר אתא והיכא דלא נמר לא אנמר ובממונא שאם בא תנאי כפול נקטינן דבעינן תנאי כפול אבל באיסורא דלא אשכחן דין תנאי כפול לא גמרינן מממונא ונקטינן כרבנן באיסורא מיהו שמואל אתקין תנאי כפול בגיטין לרווחא דמילתא •

ועדיין נשאר לנו לבאר מ"ש בהלכות קדושין ואם לא כפל והוא בענין שבשבור שלא ככל יהיו קדושיו בטלים כתבו התוס' לא שיהיו בטלים לגמרי אלא מקודשת מספק וכ"כ הרא"ש ז"ל בפי"כ על ההיא דאמר רבא אתרוג זה נתון לך ע"כ ודבריו אינם אלא מן המתמיהין דאי איירי בשנתקיים התנאי למה לא תהיה מקודשת בודאי ואי איירי בשלא נתקיים התנאי איך קאמר שבשבור שלא כפל יהיו קדושין בטלים אדרבא בשבור שלא כפל תנאי אין כאן והמעשה קיים ואין לומר דה"ק והוא בענין שבשבור שלא כפל יהיו קי'בטלין כגון בע"מ ובמעכשיו דלא בעי תנאי כפול ומיירי דלא נתקיים התנאי דלא הי"ל לומר והוא בענין שבשבור שלא ככל אלא כך הי"ל לומר והוא בענין שאע"פ שלא כפל יהיו קידושיו בטלין אבל באמרו בשבור שלא כפל נראה שמה שלא כפל הוא סבה שיהיו בטלים לגמרי וכ"ל שט"ס נפל בדבריו וכ"ל והוא בענין שבשבור שלא כפל יהיו קדושיו קדושין כתבו התוס' לא שיהיו קדושין לגמרי כו' וכך כתבו התוס' ז"ל בפרק מי שאחזו וז"ל ואי לא כפליה לתנאיה אע"פ שבדין היה שהתנאי בטל והמעשה קיים מפום חומר גיטין וקדושין אין קדושיו קדושין לגמרי אלא צריכה גט משניהם ע"כ וזה מבואר שכ"ל כמ"ש •

ויש לתמוה על הרב ז"ל שב"י בא"ה סימן ל"ח שהעתיק לשון רבינו ירוחם ז"ל ככתבו וכלשונו ולא שת לבו אל טעות הגירסא ומה שקשה בעיני הוא שבשם הרא"ש כתב דהוי מקודשת מספק והרא"ש כתב בפרק מי שאחזו כלשון הזה ואי לא כפליה לתנאיה התנאי בטל והמעשה קיים אפילו בגט ע"כ נראה מדבריו דהמעשה קיים לגמרי ואפילו בגט דאין לומר דהמעשה קיים מספק דא"כ מאי ואפילו בגט דקאמר אדרבא בגט ראוי להחמיר יותר דהויא מילתא דאיסורא

ועוד דהוא ז"ל כתב אתקין שמואל בגיטא מכאן משמע דהלכה כר"מ דבעינן תנאי כפול דאין לומר דשמואל לשופרא דגיטא אתקין הכי דא"כ נפיק מיניה חורבא היכא דאתני ולא כפל ע"כ ואי מ"ש והמעשה קיים ר"ל מספק מאי קאמר דנפיק מיניה חורב'היכא דאתני ולא כפל הרי נותנין גט מספק ובקדושין הרי היא ספק מקודשת אלא ודאי כדאמרן וכן ראיתי בתשובותיו כלל מ"ו כתב כלשון הזה וכך עושין מעשה חכמי אשכנז וצרפת להצריך בכל התנאים כתנאי בני גד ובני ראובן ואם לאו התנאי בטל והמעשה קיים ע"כ ובכלל מ"ח כתב כלשון הזה היכא דלא כפליה לתנאיה התנאי בטל והמעשה קיים ובקי' ובגירושין אינן בטלין לגמרי אלא חלין מספק ע"כ וזהו הלשון שכתב בפסקיו בפי"כ שהביא רי"ו ז"ל בשמו ומ"מ נראה שט"ס נפל בתשובה זו וכ"ל ובקדושין ובגרושין אינם קדושין לגמרי אלא חלין מספק

מיהו מה שכתב בכלל מ"ו קשה לזה שנראה מדברי אותה תשובה דמקודשת גמורה אך אפשר לומר דאיירי בר"מ לבד והוא דוחק אבל מ"מ בפסקיו בפרק מי שאחזו כ"ע מסקנא דמילתא לדברי הגאונים והרי"ף והרמב"ם והרשב"א ורבינו ירוחם ז"ל וגדולים אחרים שמהם בדיני ממונות בע"מ ובמעכשיו אף דאתני ולא כפל לית דין ולית דיין שאינו תנאי כתקנו ובנ"ד כיון דכתוב זמן בשטר וגם קנין יכול ראובן לומר קי"ל כרבוותא דסברי דבעל מנת ובמעכשין לא בעינן תנאי כפול וקי"ל כאומרים דכל שטר שיש בו זמן או קנין הוי כמעכשיו וכבר כתבנו דאפילו בס"ס אין מוציאין מיד המוחזק

ועוד אני אומר דאפילו לא יהיה קנין בשטר ולא זמן ולא כפל התנאי יכול ראובן לומר קים לי כאותם הגאונים שסוברים דלא קי"ל כר"מ דאמר דבעינן תנאי כפול בממונא אלא דוקא תנאי שאיפשר לקיימו ותנאי קודם למעשה דאע"ג דלא אשכחן להו אלא אליבא דר"מ הלכתא כותיה מפום דתני לה גבי הלכתא פסיקתא ושמואל דאתקין תנאי כפול דוקא באיסורא ולרווחא דמילתא והביאו ראיות לזה

סופא דמילתא בהא סליקנא ובהא נחיתנא שראובן זכה במקחו מכל הטעמים שכתבתי למעלה הייטב בעיני מורי ורבותי המאורות הגדולים המאירי לארץ ולדרים רבנן קשישי דפקיעי שמיהו בכל אזר ואתר לתורה ולתעודה ולכל דבר שבקדושה ועל ראשם מורי הרב הגדול כר ישראל מר ניהו רבה ורב יוסף ה' לו ימים על ימי מלך ושנים על שנותיו אכי"ר אם זך ואם ישר פעלי ימין לדקו תמכני ואם אין רק רע עד כנה לא יראו אור אלא מעתה תפסל בלינה בבל יראה ובל ימצא כלם המתאבק בעפר רגלי קדושתם ונותה בלמא את דבריהם הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ע"ו לדייני יוויל אייר שנת הת"י

שאלה ראובן שעשה לבנו מורשה בין לנהלה שיפול לו בין לגבות ממי שחייב לו בין בשטר בין בע"פ והלך ראובן למ"ה ואח"כ נפל לראובן נחלה אחת וקפץ בנו ונטלה ומקלת דברים מאותה נחלה מכר בנו של ראובן לשמעון בפני אנשים סוחרים ששמו אותם ואמרו שמין אותה שוה לפ.חר בין למוכר בין ללוקח ושמעון נטל הנחלה ונשא ונתן בה ואחר שעברו שנה או שנה השנים בא ראובן ושאל הנחלה משמעון ואמר לו שנתאנה בנו יורינו מורינו הדין עם מי ועוד שבנו של ראובן טוען שהכירתו מכירה שאין אונאה בה שהרי מכר לשמעון בערך מה שנתנו לו אחרים וראובן אביו טוען שאם הוא עשה לבנו מורשה לא עשאו אלא לגבות בשבילו אבל למכור לא עשאו מורשה ועל הכל יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכרו כפול ומכופל מן השמים

תשובה נלע"ד שראובן יכול להוציא מה שמכר בנו המורשה לשמעון מתחת יד שמעון ממה שכתב במרדכי בהגהותיו בסוף שבועות והביאו בקוצר הרב בב"י בח"מ סי' קכ"ג וז"ל ר' שהרשה לש' להביא ספרים מיד לוי ולוי מסרם ליד שמעון מיד ואמר לו שמעון ללוי שמור לי ספרים אלו ולאחר זמן תבע ראובן ללוי ספריו ואמר אותם ספרים מסרתי ליד שמעון בהרשאתך ואני מסולק ממך וקבלתים מיד שמעון בפקדון ולאו בכל דברים דידי את ואני מעכבם בשביל מעות שחייב לי שמעון והשיב הרב ז"ל נראין הדברים שאין ללוי לעכבם דהא אשיקנא הכא בהרשאה שליח שוייה כו' שהרי היה יודע שלא היו של שמעון כי אם לראובן שהרי באות' שעה מסרם לו בתורת שליח ע"כ הא קמן שאע"פי שמשכן המרשה מוציא מיד הממשכן וה"ה אם מכרם המורש' לאחר שהמרשה מוציאן מיד הקונה דמה לי מכר מה לי השכון

משכון ואירצה מכר דכ"ך עדיף ממשכון שהמרשה טוען ליתן ימיהם וליקח המטלטלין מה"כ בנ"ין דהשובה הנז' פרוכה המשוכן להחזיק בהם בלי נתינת דמים לרורשה

ומה שהורו הגאונים והובא בטור ח"מ סימן קכ"ג והמרדכי ז"ל בפרק מרובה הבא בהרשאה שמחל לנתבע או שמכר לו או שמחל לו על השבועה או שעשה עמו פשרה לא עשה כלום שזה יאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי לפיכך אם התנה עמו בין לתיקון בין לעוות אפילו מחל לו יעל הכל הדול וכו' אם פירש בה מחילתך במחילתי וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס"ב וכל הרשאות שלנו כתוב בהם בין לתקוני בין לעוותי ומחלתך כמחילתי כ"ל דהיינו דוקא לגבי נתבע עצמו אבל לגבי אחריני לא דבשלמ' בנתבע עצמו שמרשהו המרשה לדון עמו צריך המרשה לתת רשות כולל למורשה כל מה שירצה בעיני המורשה אך לגבי אחריני אין צורך לזה ועוד יעלה על הדעת דבשפטני עסקי' שהמרשה ירשהו לדון עם שמעון ואם ירצה המורשה ימחול ללוי מה שגנב משמעון זה אין הדעת סובלתו וכי היכי דלענין מחילה אינו אלא לגבי נתבע הכי נמי לענין מכירה אינו אלא לגבי נתבע לא לגבי אחרים וזה מבואר אך צריך לבאר לענין מכירה מ"מ נתבע מאחר ונראה דהכא ודכוותא לרעמים מתמכר הנתבע עם המורש' בתנאי שימכרנו לו ויתן לו דמיו ולכן נותן לו המרש' רשות כולל אפילו למכו' אבל לגבי אחריני לא וכן ראיתי למורי הרב ז"ל בתשובה חלק ח"מ סימן פ"ה כתב דאע"פי שהתנה עמו בין לתקוני בין לעוותי אם נתכשר עם בן הלוה שטרתו בטלה

וכ"ת הרי בהגהת מרדכי בתשוב' הנז' כתב הטעם שאינו יכול לשכבס נשביל החוב שחייב. המרשה משום דקי"ל שליח שויה כראה ברור הא אי קי"ל שותפא שוייה דין שותף יש לו ויכול לשכבס לעצמו וכבר כתב הרב ז"ל בב"י בטור ח"מ סי' קכ"ב דהא דקי"ל שליחא שוייה ה"מ בשלא הקנה לו אגב קרקע אבל כתב הרשות שהקנה לו אגב קרקע שלו הוא לגמרי וכ"כ הטור בשם הרמ"ה ז"ל וכתב הרב ז"ל שכן דעת הרמב"ם ז"ל ולא מלינו חולק על זה וכיון דבהקנה לו אגב קרקע הם שלו לגמרי מה שמכר שלו מכר ואין כח ביד המרשה להוציאם מיד הקונה וכל הרשאות שלנו כתוב בהם קנין אגב קרקע

הא לאו מילתא היא שראיתי לרב ז"ל בספר הקצר לא כתב דאם הקנה לו אגב קרקע המעות שלו לגמרי וגם ראיתי בנוסח ההרשאות שכתבו הפסקנים שכתוב בהם קנין אגב ד"א קרקע וכן נהגו כל העולם לכתוב כן בהרשאות ואם קנין אגב קרקע לא מהני אלא לאקנויי הממון למורשה לגמרי תימה ני"ל מה בלע לכתוב דבר שאב למורשה ואין בו תועלת ועוד קשה דהרשאות שלנו כתוב בהם שני דברים דסתרי אהדדי כתוב בהם אגב קרקע דבקנין זה המעות הם שלו לגמרי ויכול לשכבס וכתוב בהם כל מאי דמתעביד מן דינא עלי דידי הדר ואין כותבין לשון זה אלא לתקנת המרשה שלא יוכל המורשה להחזיק בממון כמ"ש רב שרירא גאון ז"ל הביאה הרב בעל הטורים ז"ל בסי' קכ"ב סי"א ומן הנגלה שאין שתי ענייכים אלו ישיבה אחת בעולם ולכן אני אומר דלא כתבו הרבנים הללו דאם כתוב בהם קנין אגב קרקע שהן שלו לגמרי אלא בהרשאה שמרשה לגבות בה מטלטלין ואין כתוב בה כל מאי דמתעביד מדינא עלי דידי הדר אבל אם כתוב בה כל מאי דמתעביד מן דינא עלי דידי הדר אע"פי שכתוב בהם קנין אגב קרקע אין המורשה יכול לשכבס לעצמו ומ"ש בהם קנין אגב קרקע אע"פי שאינו מועיל לשכבס לעצמו הוא מפני שכל הרשאות שלנו הם כוללות בין למלוה בין לפקדון בין לפקדון מעות בין לפקדון מטלטלין ופקדון מעות לא מהני הרשאה אבל לא בקנין קרקע כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ג מהלכות שלוחין לא כותבין קנין אגב קרקע לענין שאם יהות המשלח יורש שהגיע הממון ליד המורשה שלא לתבטל השליחו' וכמ"ש בטור סי' קכ"ב וכוי שבשביל זה באקנין אגב קרקע כדי שלא ישכבס שליח לעצמו כותבין נ"כ כל מאי דמתעבית מן דינא עלי דידי הדר וכתב הרב בעל הטורים ז"ל בסי' קכ"ג סי"א בשם רב שרירא גאון דמאי דכותבין כל האי דמתעבית מן דינא עלי דידי הדר הוא לתקנת המרשה כדי שלא יוכל המורשה להחזיק בממון ע"כ

ולכאורה קשה דנראה דאם לא כתב כן יכול המורשה לשכבס לעצמו ואה"כ כתב ואע"פי שכתב לו זיל דון ואפיק לנפשך אפ"ה אינו אלא שליח ואינו יכול להחזיק בממון לומר הקנית לי כבר שאינו אלא שליח ע"כ ונראה דאפילו לא כתב לו כל מאי דמתעבית מן דינא עלי דידי הדר אינו אלא שליח ואינו יכול לשכבס לעצמו ואיברא שדברי הרב ז"ל בב"י שלא ביאר כלום הביאנו לטעות בזה אבל קושטא דמילתא דמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל ואע"פי שכתב לו זיל דון ואפיק לנפשך אפ"ה אינו אלא שליח הוא נמשך למה שלמעלה הימנו וה"ק שאין כותבין לשון זה דכל מאי דמתעבית מן דינא עלי דידי הדר אלא לתקנת המרשה שלא יוכל המורשה להחזיק בממון אע"פי שכתב זיל דון ואפיק לנפשך אפ"ה בלשון זה שכותבין כל מאי דמתעבית מן דינא עלי דידי הדר אינו אלא שליח כו' אע"פי שכותבין זיל דון ואפיק לנפשך כו'

וצריך לחקור במ"ש בשאלה שעשאו מורשה בין לנחלה שיפול לו כו' והא ודאי לא מהני הרשאה בזה דהוי מרשה לדש"בל וקי"ל דאין אדם מקנה דש"בל בין במכר בין במתנה בין במתנת בריא בין במתנת ש"מ כדאיתא בפ' קמא דמליעא דמהאי טעמא מי שאומר מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעל' מצודתי מכור לך לא אמר כלום משו' דהוי מקנה דבר שאינו ברשותו ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וה"ה דכמו דלא מהני מכר או מתנה דלא מהני הרשאה לדבר שאינו ברשותו וכן כתב הרדב"ז ז"ל במורכבות סי' ר"מ שהרי לא זיכה למתנה שליח לכשתמות אשתו בעד חלקו אלא מפני שנכ"ב הם שלו ודבר שברשותו תיקרי וכן אם היה שם קרקע של נכסי מלוג דכיון דבעל בנכסי אשתו אם היו מקרקעי אין צריך הרשאה דתנו דעביד דינא אפירי עביד דינא אארעא גם לגבי שליח מנו דמשוי שליח אפירי משוי נמי אארעא אבל בשאר ירושות דאין שייך לומר כן ודאי דאין אדם יכול להרשות עליה במכר או מתנה ובפירוש כתב הרדב"ז ז"ל שם דאפי האומר מה שאירש מאבא מכור לך לא קנה כל שכן שלא יוכל להקנותם בהרשאה וכיון שזכינו לדין דלא מהני הרשאתו לנחלה שיפול גם לשאר הדברים לא מהני ההרשאה דה"ל כאת וחמור דלא קנה דאיכא דאמרי דלא קנה כלום וכדכתב המרדכי בפרק מי שמת שאם הקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומעות ומטלטלין בבת אחת י"א דכי היכי דלא קנה המעות משום דאין מטבע נקנה בחליפין לא קנה השאר וי"א שקנה אף המעות וי"א דמעות לא קנה אבל קרקע ומטלטלין קנה ע"כ וכתב בספר המכה בח"מ סי' ר"נ וה"ה באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו הממש כלומר דגם בזה פליגי הני רבוותא וה"ה באיזה דבר דמועיל קנין עם דבר שאינו ברשותו וכתבו מגדולי האחרונים הרא"כ ז"ל בתשובה כ"י סי' מ"ט וקכ"ג ומשפט לדק בתשובה ח"ב סי' י"ן ל' ל"ו כ"א ומהרש"ך בתשובה סי' י"ז ול' ומהר"ר עוריה יאושע ומהר"ר כלב קאלפו בתשובה כ"י דכיון דאיכא פלוגתא

דרבוותא המע"ה (הגה"ה וכ"כ מהר"ם די בוטון ז"ל בתשו' סי' כ"ה ול"ע"כ הגה"ה) כך היה נראה לכאורה שלא רצה הרשב"א גם על שאר הדברים אבל כשנדקדק היטב ליתא מתרי טעמי חדא דאפילו למ"ד דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דלא קנה כלום הכא זכה שמעון כיון שהוא מוחזק' אפכי שיכול לומר קים לי כמ"ד דקונה גם המעות מדוס דס"ל דתנן דחיילא אדבר שבא לעולם חיילא נמי אשב"ל והכא נמי מגו דחיילא אדבר שברשותו חיילא נמי אדבר שאינו ברשותו כ"ש שאין אנו צריכין לזה שאין אנו דנין עכשיו על הנחלה אלא על הדברים שהיה ברשותו ויכול לומר קים לי כמ"ד דקנה מחצה ואפי' למ"ד דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דלא קנה כלום כיון דאיכא למ"ד דאינו יכול לומר קים לי כסברא זו כמ"ש מהר"י הלוי ז"ל בתשובה סי' ס"ו ומהרח"ש ז"ל בתשובה כ"י גם הרב המופלא מהר"י באסן ז"ל הובאו דבריו בתשובות מורי הרב ז"ל חלק ח"מ סי' כ"ב כתב שראה רבותיו לא היו חוששין לסברות אלו א"כ הוי מחלוקת אם יכול לומר קים לי וכבר כתבתי בתשובה אחרת בשם תשובות מהר"י הלוי סי' כ"ב וכ"ג וס"ו דכל היכא דיש ספק אם יכול לומר קים לי אינו יכול לומר קים לי כיון דבהא פליגי ואע"פי שאני פקפקתי על זה במקום אחר וכתבתי דהעיקר כהחולק על מהר"י הלוי ז"ל מ"מ חזר הדין למחלוקת אם יכול או אינו יכול ואינו יכול לומר קים לי אלא אית לן למיזל בתר הרוב כדכתבו מהרח"ש ומהרש"ח ז"ל והכא הרוב סברי דקנה מחצה כרב נחמן דאמר הכי בפרק מי שמת וכתב הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ר"י דכן פסקו כל הפוסקים ואע"ג דמהרש"ח ז"ל בתשובה סי' ל"ד כתב דאיכא דאלו הגדולים לא פליג אשאר הפוסקים דפסקו כרב נחמן אין דבריו נכונים וכן מצאתי למהר"ר עזריה יהושע ז"ל בתשובה כ"י הקשה עליו מלשון המרדכי באופן דמן הכל הזה לא זכה ראובן אמנם מהטעם האחר זכה ראובן •

כללא למילתא אם זה הקונה המטלטלין מיד בן ראובן המורש' מודה שמטלטלין אלו הם של ראובן המורשה

אבי המורשה או שהדבר ידוע ומפורסם שהם של ראובן בלתי הודאת שמעון יכול ראובן המורשה ליקח המטלטלין מיד שמעון וליתן הדמים שנתן למורשה בעבורם ואם הקונה מכחיש שמטלטלין אלו אינם של ראובן המורשה גם אין הדבר ידוע בעדים וגם אינם מכירין אלו אם הם של ראובן המורשה ישבע שמעון שאינו יודע שמטלטלין אלו של ראובן המורשה ויאחרו המטלטלין ביד שמעון כמו שמבואר כל זה בתשובה להרשב"א הביאה הרב ז"ל בטור ח"מ סי' ע"ב מחודשין כ"ו ובהגהות מרדכי דפרק איזהו נשך שהביא הרב ז"ל בסי' ע"ה מחודשין נ"ח ובתשובת הרא"ש ז"ל שהביא הטור בח"מ סימן כ"ט סי"א ובתשובה למהריב"ל ז"ל ס"א כלל י"ז סימן כ"ח ובתומת ישרים סי' כ"ט ובהרשד"ם חלק ח"מ סי' קל"ט ובהר"י אדרבי ז"ל סי' קכ"ז וס"ז ושל"ח ובהר"ס גאלאנטי ז"ל סימן ע"ו ובמשפט כהן ח"א סי' ע"ב וע"ד ובהר"י הלוי סי' ע"ז ובספר ים של שלמה פרק הגוזל בתרא סי' י"ג ובהר"ש יונה סי' ל"ז וכל זה בשידוע שמטלטלין אלו לא מכרם או נתנם ראובן לבנו דא"כ יכול שמעון לומר שמא מטלטלין אלו הם לקוחים ביד בנך המורש' דכמו שאם היה טוען בנו של ראובן כן היה נאמן אף שמעון יכול לטעון כן

אמנם אני מסתפק כיון דידוע דמטלטלין אלו באו לידו בתורת הרשאה לא יהיה נאמן לומר לקוחים הם בידי דומייא דמ"ש הריב"ש ז"ל בסי' שכ"ז מסורת היא בידינו מגדולי האחרונים ועליהם אנו סומכים שלעולם אין חזקה מועלת אא"כ ירד מתחלה בתורת מקח והיא סברת הרמב"ן ז"ל הובאה בטור ח"מ סי' קל"ג ס"ד ואפילו לחולקים היינו דקא כשהחזיק ג' שנים אחר שאלמו המשכונא לו בשאלה והשכירות אבל תוך זמן המשכונא אין לו חזקה והכא בנ"ד כל זמן שאין ידוע שאחר ההרשאה באו ליד ראובן המורשה מחזיקינן לה בחזקתו ואינו יכול בנו לטעון לקוחים הם בידי ומיד' דהוי אדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שאינו נאמן לומר לקוח הוא בידו ואע"פי שכתב הרמב"ם בפ"ח מהלכות טוען והביא דבריו הרב בעל הטורים ז"ל בסי' קל"ג סעיף י"ג כתב הרמב"ם ז"ל מי שהיו בידו דברי' העשויים להשאיל ולהשכיר אע"פי שמודה ואומר יודע אני שהם שלך אבל כלוני מכרם או נתנם לי במתנה אין מוציאין מידו אפי' הביא זה עדים שהיו ידועי' לו שאים עשוי למכו' את כליו הרי הראב"ד גם והטור גם חולקים עליו דסוברי' דמוציאין מידו איברא שהרב בעל תומת ישרים סי' כ"ד כתב דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא מחזיקינן ביד התופס איפשר דהאי דברי' העשויים להשאיל ולהשכיר מירד בהם בתורת הרשאה ומצאתי למהר"א ששון בתשובותיו סי' קכ"ה הסכים דמי שהפקיד ביד חבירו מטלטלין בלא עדים ושאל אותם מהנפקד והנפקד אומר שאמת שקבלם בתורת שאלה ופקדון אבל חזרתי ולקחתי ממך שנאמן הנפקד במגו דכעיקרא הוה אמר בתורת מקח בא לידי אבל אם יש עידי פקדון אינו נאמן והוכיח זה ע"ש ואני מצאתי דבר זה ברור בפסקי הרא"ש בפרק הגוזל בתרא כתב וכן בפקדון אם יש עדים שהופקד לידו וראו עדיין בידו לא מהימן לומר לקחתי ממך ע"כ הא כשאין גם עידי פקדון מהימן ועיין בתשובה למורי הרב ז"ל ח"א סימן ע"ג וא"כ בנ"ד דההרשאה היה בעדים שוב אינו יכול לומר לקוחים הם אם לא שנתנם לראובן אביו וטוען שלקחם אחר כך וכיון שבנו של ראובן לא מצי למטען כן אף שמעון לא מצי למטען שלקוחים הם ביד בנו של ראובן ובעיני נראה דעדיף טפי ההרשאה לענין שלא יכול לטעון חזרתי ולקחתי משבא לידו בתורת פקדון וליכא למימר דליהימני לבן ראובן במיגו דאי הוה בעי אמר שהחזיר בשבה שליחותו חזר וקנאה מאביו דא"כ כשבא לידו בתורת פקדון או שאלה אפילו בעדים ניהמניה במגו דהחזרתי' ואחר כך חזרתי וקניתים אלא שהדב' ברור דכל דליכא ראה אינו נאמן לומר החזרתי הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זל"הה

סימן עח

איזמיר שנת התכ"ח להחכם השלם נעים זמירות ישראל כמה"ר חיים קאלקי נר"ו

שאלה ראובן שכר חנות א' של שמעון שהיתה נכסי מלוג של אשת שמעון ובא שמעון ולקח קנין ושבועה לראובן שכל זמן שירצה לשבת בחנות הנז' לערך מאה וחמשים לבנים מידי חדש בחדשו לא יוכל להשכירה לאחר זולתו אע"פ שימצא יותר שכירות מאיש אחר יורינו מורינו אם שכירותו של שמעון קיים מאחר דהחנות אינה שלו אלא נ"מ של אשתו ואת"ל שכירותו קיים מזה הכל אם מכר שלא היה קצבה בשנים אם קנה ראובן ושכרו כפול ומכופל מן השמים

תשובה מה ששכר ראובן משמעון קנה ראובן בעד ק"ן לבנים בחדש ואין כח באשה להוציאה מידו דאי משום דהחנות אינה של שמעון אלא נ"מ של אשתו אין בזה משום קפידא דאע"ג דאמרי' בפרק הגוזל בעל בנכסי אשתו מדין הרשאה הא מקיים בה ואם

ולא

זלא אדרן אלא דלא נחית לפירי אבל נחית לפירי מנו
דאמתני' דיכא אשירי ממעי אגופה ע"כ וכ"ש בשכירות דלא
בא לשכירה אלא לפירותיה דכיון שהשכירות שלו יכול
להשכירה ואין כח ביד האשה למחות במה שהשכירה בעלה
ובביאור כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' שכירות והביאו הרב
בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן שט"ו וז"ל וכל שאין לו למכור
כך אין לו להשכיר אא"כ יש לו פירות בלבד באותו קרקע
הרי זה שוכר ואינו מוכר ע"כ

ואי מטעם שלא קצב לכמה שנים הוא משכירה לו גם
בזה אין חשש דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל דסביר'ליה
דהמתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא קנה קצב השנים לא
מעלה. ולא מוריד דכל שקצב עיקר החיוב בקצב השנים אין
קפידא וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י
ח"מ סימן ס' מהודאין א' על מה ששאל על מי שחייב
עצמו לחבירו בקנין לתת לו מנה בכל שנה כל ימי היותו
סופר או חזן אי הוי כדבר שאינו קצוב לדעת הרמב"ם ז"ל
כיון שאין השנים קצובות והשיב שנקרא מתחייב לדבר קצוב
שהרי קצב עיקר מה שהו' מתחייב והוא המנה שאע"פ שאין
קצבה להמשכת השנים אין בזה חשש ואפילו יהיה החיוב
דבר שאינו קצוב כל שנשבע חייב לשלם מכח שבועתו
כמ"ש הריב"ש בתשובה סימן של"ה ושמ"א ושמ"ה ואף ע"פי
שמהריב"ל בתשובה ס"א סימן ע"ו כ' דכיון דמצי המוחזק
לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו ז"ל דהמתחייב עצמו בדבר
שאינו קצוב לא קנה אף אם נשבע אינו חייב לשלם מכח
שבועתו דקנין אין כאן שבועה אין כאן כל גדולי האחרונים
הבאים אחריו חלקו עליו והסכימו דכופין אותו לשלם
שבועתו והכי אזלא סוגיא דעלמא ועיין מ"ש בספר כנסת
הגדול' חלק ח"מ סי' ס' בהגב"י אות מ"ט הנלע"ד כתבתי הצעיר
חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זל"הה

סימן ע"ט

אומיר להחכם הנעלה כמה"ר דניאל שמואל שנת התי"ב •

בענין השטר שכתבת שנפסל מטעם שחתם בו
המורשה שהיה לו שליש מהנכסים אינני
רואה טעם בזה דאע"פ שכתוב בספר הטורים סימן קל"ג
בשם הרמב"ן ז"ל במורשה שהורשה בשכר ולא בשכר ידוע
אלא שיש לו חלק במה שיוציא פסולין קרוביו לדון ולהעיד
וברואי' דכ"ש הוא היינו לדון ולהעיד על אותו ממון שהורשה
דהוי נוגע בעדות דיש לחוש שמעיד שקר או מטה את הדין
לתועלתו כיון שאם יוציא יש לו חלק ואם לא יוציא אין
לו חלק אבל בנדון היה שכבר נתחייב הנתבע בלתי דינו
של זה עדותו של מורשה אלא בעדות אחרים כבר נתחייב
המורשה שליש הסך שנתחייב הנתבע ויכול להעיד על מה
שאחר לו חייב הנתבע לזמן והרי זה דומה למורשה שהורש'
בשכר ידוע שיכול להעיד על אותו ממון וזה פשוט •

וצריך אתה לדעת דמ"ש הרמב"ן ז"ל שהרים הן קרובין
לדון ולהעיד ולא אשמועינן טפי דאפי' המורשה
עצמו כשר משום דכייל בין לדין בין לעדות ובדין לא יהיה
מורשה ודיין אבל לעדות ודאי המורשה עצמו יכול להיות
עד בין להצטרף עם אחר לחייבו ממון בין הוא לחייבו
שבועה וכן כתב הרב ז"ל בספר הקלר. יע"ש (הג"הה
אחר זמן רב נדפס ספר גד"ת וראיתי כתב כן בדף ש"ש
ההג"ה)

ובאחורה קשה לי מהא דכתב הרב ז"ל בשם הרשב"א ז"ל
שאם המורשה התובע הוא א' מעידי השטר
אפילו אין לו בו שום חלק נראה שהשטר מכשר ורמזתי
פיסול יש בשטר שהיאך עד זה ונתבע בעדיהו אין זה
נכון כי אלא שאני רואה שהרשב"א והרמב"ן ז"ל חולקים
בזה שהרי הרמב"ן ז"ל כתב לפיכך מי שיש לו עדים על
תביעתו לא ירשה א' מן העדים אא"כ קצץ לו שכר ידוע
ע"כ הא אם קצץ לו שכר ידוע יכול להרשותו ויהיה מורשה
עד ונראה דפליגי' מסברת הרשב"א ז"ל סתם הרב כדברי
הרמב"ן ז"ל ונסתלקה מעליו תמיהת הסמ"ע אבל מ"מ תימה
על הרב ז"ל למה דחה סברת הרשב"א ז"ל ונפי' הנראה
הרשב"א ז"ל הילכתא בשטתא כאמר

ואפי' לפי דבריך לא היה צורך לשלוח שאשר בנ"אן
שיחתמו העדים על ערבות אמו דאפילו תימא
שנפסל אותו השטר לגבי דידיה שהיה חתום בעלים כפולים
מ"מ לגבי ערבות אמו שהיו חתומים עדים כשרים בכני
עצמן לא נפסל ולא תימה דכיון דאין הערבו' אלא על חוב
הלוה כל שהלוה לא היה חייב אף הערב פטור דכיון דכבר
נעשה שטר אחר בעדים כשרים על הלוה נתחייבה היא
בערבותה באותו שטר ומ"מ לפצות רצונך הככתי
והחתמתי אותו השטר ושלחתיו ביד בני כבודי ישראל יצ"ו
וצויתי אותו שלא יוציא אותו מידו עד שיקח הש"ר
סולייאמאן השטר האחר שכן הדין נותן ובוחן לבות וכליות
שטרדותי רבו כמו רבו ואני טרוד בעניינים רבים ובפרט
בהעתקת חבורי ספר כנסת הגדולה ועם כל זה אהפך
הללני לכתוב שתי שורות הלו למען תדע כי אהבת עולם
אהבתיך ואני בה' אצפה אוחילה בישועתו תעוז ידך תרום
ימינך לתורה ולתשובה יגדיל תורתך ויאדיר כנפשך הטובה
ונפש אוהבך מלב ונפש והוא הצעיר חיים בכמה"ר ישראל
בנבנשת זלה"ה

סימן פ'

העומד לנו עמים לנחותם הדרך השם נשגבו
שחיים המאיר לארץ ולדרים לשוב שבלים
למרום ובחסידותו כל העולם כולו ניזון בשבילו לבני לבאות
ישראל ה"ה החכם השלם סיני ועוקר הרים הרב הכולל
כמה"ר חיים נר"ו

אחרי קומי מכרוע על ברכי וכפי כרופות השמים
יגדל כסא כבוד אדונינו אותותי אלה להודי'
להדרת יקר תבונתו איך קבלתי הכתב והמכתב מכתב
אלהים חיים הוא וראיתי כל מה שכתב מר ושמחתי שמחה
גדולה כו' אמנם בענין השטר שהיה חתום בו המורשה
שכתבתי שנפסל כתב מעכ"ת שלא ראה טעם בזה דאף
ממה שכתב הטור בח"מ סימן קל"ג שאני התם דאם יוציא
יש לו חלק ואם לא יוציא אין לו כלום אבל בנדון הזה
כבר נתחייב הנתבע כו'

הן אמת שכן הוא הדין אם היה נדון זה כמו שהבין מר
שהיה לו שליש מהנכסי' אבל נדון שלפנינו הוא ממש
כלשון הטור בסימן הנז' אבל הוא מכאן ולהבא שהתנו
שהתנו ביניהם שכל מה שיגבה גבירי יצ"ו ממה שחייב הה"ר
סולייאמאן הכהן נר"ו נתחייב לתת השליש וכתבתי שטרות
האחר כנגון. הזה בהיות שהחכם רבי סולייאמאן
יצ"ו חייב להגביר כמה"ר מאיר בן נחמיאש נר"ו
מאתים ושמנים גרוש' ונתחייב לפרעם בכל שנה חמשים
ט"ו גרוש ובעד הנז' נשארה אמו של הח"ר סולייאמאן
ערבנית קבלנות פרענית כנראה מהשט"ח כו' הן עתה
בפנינו

שלפנינו עדים הודה הגביר הנז' שכל מה שיגיע מהח"ר שולייאמאן יצ"ו או תאמו חייב ליתן השליש להגביר כמה"ר משה בן קיש' כו' וגם כתבתי שטר אחר שנתחייב הנבון ומעולה כמה"ר משה בן קיש' כר"ו לגבות מהח"ר שולייאמאן מה שחייב להגביר הנז' ולעבות כל מאמצי כחו והשתדלות נמרץ אפילו שילך הח"ר שולייאמאן או אמו למקום אחר חייב הנבון הנז' להלוך אחריהם ולגבות מהם בהרשאת הגביר הנז' כו' נמצא לאחר זמן שיבא גבירי יצ"ו להוציא הממון שחייב הח"ר שולייאמאן כר"ו מכח שטר זה הוא מוציא ואם יוציא יתן ואם לא יוציא אין לו כלום וכן אם ילך הנבון כמה"ר כר"ו לאחר זמן למקום אחר בהרשאת הגביר כר"ו מכח שטר זה הוא מוציא ואם יוציא יש לו חלק ואם לא יוציא אין לו כלום נמצא שאין נוגע בעדותו גדול מזה והוי ממש כמ"ש הטור בסימן הנז' ולכן אמרתי שהוא כשול וכבר אמרתי לגביר כר"ו שאם היה רוצה ליתן עכשיו השליש להר' משה הנז' שאז השטר לא נפסל והשיב לי שטובים השנים מן האחד ונפרט לא"ש כזה ועוד שהוא לא נתחייב אלא כשיוציא יתן ואם לא יוציא לא יתן ומ"ש מר דאפילו לפי דברי לא היה צורך לשלוח השטר כיון שחתמו עדים כשרים לא שלחתי אותו אלא בשביל שאינו דומה שמירה לאחד כשמירה לשנים ודרשינן בגו הכרוך אחריו ושלום תורתו יגדל כנפשו המלאה לה חכמה ודעת ויראת ה' ונפש מתאבק מתדבק בעפר רגלי חסידותו העבד הנרצע לעבוד עבודתו עבד עבדים דניאל בכמ"הר שמואל דניאל זלה"ה

סימן פא

איזמיר אדר התט"ו להר' אפרים אורדיט יצ"ו

שאלה שמעון ולוי אחים באו מקרימה והיה לו לשמעון ביד לוי אחיו מאתים גרוש' ויהי היום שלח לוי לשמעון אחיו לקושט' ויאמר לו לך לשלום ואני אשלחך לך כ"ב סחורות עד סך ד' אלפים גרוש' וחזקת והיית לאיש למכרם ותשלח דמיהם ליששכר וזבולון תושבי ברוסה שאותם הדמים הם שלהם וכן עשה לוי היה שולח סחורות לשמעון ושמעון יעבה את הכסף ליששכר וזבולון וכן היה עושה תמיד עד כלותו לשלוח כל הד' אלפים גרוש' שהיה חייב לוי ליששכר וזבולון בשטר ובכל זה הזמן לוי הנז' לא שת לבו לשלוח לשמעון אחיו מעותיו שהיה חייב לו מלוה ע"פ ויהי כאשר ראה שמעון כי לוי אחיו עשה עצמו כאלו לא ידעו בענין מעותיו אז כששארו בידו כשיעור מעותיו עכבם לעצמו ולא שלחם ליששכר וזבולון באמרו הם לא נתנו בידי כלום לוי היה שולח הסחורות והוא חייב לי לכן אעכבם בידי מעותי לעצמי והוא יעבה ליששכר וזבולון עתה יורנו מורינו אם יהיה נאמן שמעון בשבועה על הסך שיאמר שחייב לו לוי ויוכל לעכבו לעצמו על הכל יבא דברו הטוב ושכרו יהיה כפול ומכופל מן השמים •

תשובה הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' כ"ח מחודשין ה' ובסי' קכ"ה ס"ה כשאל על ראובן שהיה חייב לשמעון מנה ונתן לו מנה לתנו ליהודה ב"ח וקבל שמעון דרך שתיקה ועכבם לעצמו וכשתבעו יהודה אמר לא זכיתי מממך אלא מחמת חובי הדין עם מי והשיב שהדין עם שמעון והיינו ממש כנדון שלפנינו •

ואיברא שיש בזה מחלוקת בין תשובות הגאונים ומהר"א ששון ז"ל שבתשובות הגאונים סימן ו' כתוב דאם נתנם לו שלא בפני עדים אינו יכול לעכבו לעצמו דמשעה שלקחם להביאם ליהודה זכה ההם ליהודה אבל הרב מהר"א ששון ז"ל בתשובה סימן רכ"ז אחר שפלפל בתשובת הרשב"א ז"ל שכתבתי למעלה העלה דאם אין החוב מבורר אם נתנם לו שלא בפני עדים נאמן לומר שחייב לו במיגו דלהד"מ ואם נתנם לו בפני עדים אינו רשאי לעכבם לעצמו ואם החוב מבורר אפי' נתן לו בפני עדים יכול לעכבם לעצמו ולפי זה בנדון שלפנינו אם נתנם לו בפני עדים לדעת תשובות הגאונים בכל גוונא אינו נאמן ולדעת מהר"א ששון ז"ל אם אין החוב מבורר אינו נאמן

ויראה לומר דאפילו דבכ"ד נתנם בפני עדים אם החוב מבורר זכה לוי במה שעכב' לעצמו דהכי נמי' קים לי כמהר"א ששון ז"ל דסובר דכל דהחוב מבורר אפילו נתנם לו בפני עדים מצי לעכבם לעצמו כיון ששמעון מוחזק אבל אם החוב אינו מבורר ונתנם לו בפני עדים לית דין ולית דיין שיאמר שזכה שמעון בעיכובו אלא שמלשון השאלה מוכח שלא שלחם לו בפני עדים וכיון שכן הוא אפי' החוב אינו מבורר לכולי עלמא זכה לוי בתפיסתו מכח מגו •

והוי יודע דכל זה דוקא שמקבלם לוי בשהם אבל אם ביטה בפיו או בכתב ידו אמר קבלתי מפלוני להוליכם לפלוני וים עדים שהודה בזה או שיש עדים שזה כתב ידו או יוצא ממקום אחר שוב אינו יכול שמעון לתפסם לעצמו אבל אם אין שם עדים על הודאתו או שאין עדים על כתב ידו ואינו יוצא ממקום אחר נאמן לומר שחייב לו סך כך וכך ותפסן לעצמו במגו דמצי לומר לא הודה כך ואין זה כתב ידו וכל זה מבואר מעצמו ומתשובת הרשב"א ז"ל בעצמה שהעתיקה באורך מהר"א ששון ז"ל סימן הנז' והרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן ל"ו ומהר"א ששון ז"ל בסימן הנז' ומהר"י אדרבי ז"ל סימן ש"כ • גם צריך אתה לדעת שלא זכה שמעון בתפיסתו אלא דוקא כשהגיע זמן פירעון חובו אבל אם לא הגיע זמן פרעון חובו אינו יכול לעכבם בשביל פרעון חובו כמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן קכ"ה ומהר"י אדרבי ז"ל בסימן ש"ד וכל זה שכתבתי הוא כדי להתלמד במקום אחר דבנדון שלנו מטח השאלה מוכיח בבירור שקבלם בשתיקה ולא נתנם לו בפני עדים והגיע זמן פרעון חובו ולכ"ע זכה שמעון בתפיסתו נהלה בלי מצרים אמנם צריך לחקור אם כשקבלם שמעון קבלם לחשבון יששכר וזבולון אלא כשאח"כ ראה שאחיו שמעון עשה עצמו כאלו לא ידעו בפרעון חובו עכבם לעצמו או אם מעיקרא בעת הקבלה קבלם בפרעון חובו שאם מעיקרא קבלם בפרעון חובו ודאי דזכה בתפיסתו וכדכתיבנא אבל אם מעיקרא בעת הקבלה קבלם לחשבון יששכר וזבולון ואחר כך נמלך ועכבם לעצמו אם לוי מודה בזה לא זכה בתפיסתו דכיון דזכה בשביל יששכר וזבולון הרי הם מעות של יששכר וזבולון בכל מקום שהם ושוב אין לשמעון זכות בהם ואם אינו מודה שמעון בזה ולוי או יששכר וזבולון אינם מאמינים אותו בזה יקבל שמעון חרם שמעיקר' לא קבלם לחשבון יששכר וזבולון אלא לפרעון חובו וים ללמוד זה ממ"ש הרשד"ם חלק ח"מ סימן קכ"ה וז"ל וזה שיקבל חרם שכן היה שכשבאו המעות לידו קבלם לחשבונו אבל אם הפ'אטור יודה אמת שקבלם לחשבון חובו' ראובן אלא שעתה שרואה שאין כח לש' לפרוע שאר החובות רוצה להחזיק במעות בשביל חובו בהא ודאי לא זכה הפ'אטור במעות שאחר שזכה בהם בשביל ראובן הרי הם מעות של ראובן בכל מקום שהם וא"כ אין לפ'אטור זכות בהם ויקרא גזלן גמור אמנם אם כשקבלם בעת שנכנס לו הממון

שמעון קבלם לחשבון חובו זכה על דרך הנז' ע"כ וכהן דידן לא אורה הוי דכוותיה.

אבל כי מעיינינן שפיר אינן דלא דמי כיון שלנו לנדון הרשב"א דנדון הרשב"א הוי הפיקדון של ראובן שעומד לקבל בשביל ראובן מה שחייבין לו קוני סחורתו וכיון שבשעת הקבלה קבלם לחשבון ראובן הרי הוא כאלו קבלם ראובן עצמו ליד הפיקדון כיד ראובן אבל בנדון שלפנינו שלוי דבר אין לו עם יששכר וזבולון אע"פ שקבלם בעד יששכר וזבולון יכול לחזור בו ולקבלם בעד פרעון חובו דאע"ג דקבלם בעד יששכר וזבולון מ"מ לא זכו יששכר וזבולון בקבלתו ולא הוי יד לוי כיד יששכר וזבולון וכל זמן שיששכר וזבולון לא זכו במנה זה הרי הוא כאלו הוא ביד הלוה וזוכה לוי בתפיסתו בעד חובו ואע"ג דכתב הרשב"א בחדושי גיטין והביא לדברו הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קכ"ה מחודשין א' וז"ל ולענין הלכה הולך ותן ושא וטול ויהא מנה זה לפלוני בידך כולם כזכי דמי ע"כ וכן פסק מרכ"ן ז"ל בח"מ סי' כ"ה ח"מ בשולח המנה או הסחורה ביד השליח בשעה שאומר לו הולך או תן כו' אבל אם אומר לו אני אשלח סחורה ותמכרנה ותשלח המעות לפ' ואח"כ שלח לו הסחורה כנדון שלפנינו לא זכה ראובן במנה ויכול שמעון לחזור בו וכיון שיכול שמעון לחזור בו גם לוי יכול לחזור בו ולתפסה בעד חובו ותיהו אם בשעה ששלח ליד לוי חזר ואמר קח סחורה ומכור אותה ותתן המעות ליששכר וזבולון הרי זכה לוי בעד יששכר וזבולון ואינו יכול לחזור ולזכות לעצמו בעד חובו

בללן של דברים שאם שמעון לא קבל המעות בפני עדים והגיע זמן פרעון חובו אע"פ שהחוב אינו מבורר וכופר בו לוי ישבע שמעון שחייב לוי המסך הנז' שטוען ויעכבם בעד חובו ואם מתחלה קבלם בעד יששכר וזבולון ואח"כ רוצה לזכות לעצמו אם בשעה ששלח לוי לשמעון הסחורה לא אמר לו כלום אלא שסמך על מ"ש בתחלה קודם שלוח הסחורה זכה שמעון בתפיסתו שוב ראיתי בתשובות הרדב"ז ז"ל הנדפסות סימן קל"ח כתב דהרמ"ה ובעל התרומו' חולקים על הרשב"א ז"ל וכוותייהו נקיטינן הנראה לענ"ד כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל בכנבשת זלה"ה

סימן פב

איזמיר מר חזן התכ"ח לגבון ונשלה כה"ר אברהם אלגאזי נר"ו

שאלה ילמדנו רבינו ראובן ושמעון אפוטרופוסי יתמי לוי ונתנו לסוחר ערל אלף גרוש"ים בהלואה בעד אלף ות' ותשעה ועל זה נכנסו יהודה ויששכר קבלנים פרעגים בעד הערל והכתיבו על עצמם כתב יד מחתימת ידם איך הם חייבים החוב הנז' לאפוטרופו' הנז' ובתוך זה הזמן אירע עסק לאפוטרופוס הנז' עם הערל הנז' ועל סך מה שנשארו האפוטרופוסים חייבים אמרו האפוטרו' ליהודה רצונינו לנכות מהסך הנז' ת"ק גרוש' מאה שחייב לנו הערל ואתה וחבירך ונתרצה יהודה לנכות מהחוב הנז' ת"ק גרוש' וראות האפוטרופוסים שנתרצה יהודה לנכות מהחוב כתנו לאלמנה אם היתומים הת"ק ריאלים ועתה מת יהודה וחיי לרבנן שבק וטוענים האפוט' ליששכר שישלם כל החוב ההוא בהיות שלא יהודה ולא הערל פרעו לו כלום וגם טוענים שאם נתנו לאלמנה הת"ק גרוש"ים היה שהכנס שיהודה והערל היו כ רוצים להם כל מה שחייב לכך עתה שמת יהודה והערל אינינו ונשארו חייבים להם כפלים מזה ועכשיו כונתם האפוטרו' שיחזור להם האלמנה הת"ק גרושים שנתנו לה הואיל ואינו לוה ממה שנשאר חייב לה יששכר הנז' יורינו מורינו הרב הדיין המורה מורה לדק הדין עם הי ושכ"ה

תשובה לכאורה היה נראה שהדין עם האפוטרו' מתשובת הרשב"א ז"ל הביאה הרב ז"ל בב"י בח"מ סימן כ"ח מחודשין ה' ובאידך קכ"ה אם ראובן היה חייב לשמעון מנה וכתן לו ראובן לשמעון מנה וא"ל תן מנה לפ' כ"ח וקבלו שמעון דרך שתיקה ועכבו לעצמו מחמת חובו הדין עם שמעון ע"כ ונראה שנדון שלנו היינו נדון הרשב"א ז"ל ממש ולא היא כמו שאכתוב בס"ד.

והומר דאפילו נימא דנדון שלנו דומה לנדון הרשב"א ז"ל זכו האפוטרופוסים בתפיסתם שהלכו להרדב"ז בהודפסות סימן קכ"ח שכתב על תשובה זו דהרשב"א איני יודע מי שנשא דהבעה"ת והרמ"ה ז"ל שהביא הרב בעל הטורים ח"מ סימן קכ"ה חולקים על הרשב"א ז"ל בזה וכיון דהוי הרשב"א ז"ל יחיד בדבר הזה אין המוחזק יכול לומר קים לי כהרשב"א ואפי' תימא דגדולים חבירים להרשב"א ז"ל ויכול המוחזק לומר קים לי הכא בנ"ד יהודה ויששכר הם המוחזקים בממונם דאע"פ שיש כתב ידם ביד האפטרופוסים לא נקראו האפוטרופוסים מוחזקים לגבי יהודה ויששכר דאפילו שטר מקויים שביד המלוה אינו נקרא מוחזק דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי כב"ה דאמרי בכי וכמ"ש בספר כנסת הגדולה סימן כ"ה בהגהת ב"י אות מ"ה בכללי הקי"ל כ"ש בכתב יד שיכול לטעון כרעתי אע"פ שנתקיים התימתו

כל זה שכתבתי בהנחה שנ"ד דומה לנדון הרשב"א ז"ל אבל קושטא דמילתא דאף הרשב"א ז"ל מודה בנדון שלפנינו שהדין עם יהודה ויששכר וזכו יתמי הגוד במה שפרע להם בשביל מה שחייבים להם שזה דלא כתב הרשב"א ז"ל שהדין עם שמעון אלא כשקבלם בשתיקה דמצי למימר כשקבלתים לעצמי קבלתים ולא בשביל ב"ח כ' אבל אם כשקבלם קבלם להוליכם לפ' הא והאי שובה כ' ואינו יכולו לעכבם כמ"ש הרמ"ס ז"ל בחלק ח"מ סי' ל"ו ומהר"י אדרבי ז"ל בסימן ש"ך והוא מבואר בתשו' הרשב"א ז"ל עצמה שהשתיקה כאודך מהר"א ששון ז"ל בסימן רכ"ז והנה בנ"ד ל"ה שקבלם בפירוש בעד היתומים אלא שנכנס ליתומים בעד חובם והשתא הוא דמהדרי ולא מכי הדרי דכיון דנכנס הלוה בשביל חוב היתומים והוא קבלם הרי זכו בעד היתומים ואינם יכולים לחזור בהם דלענין מלוה הולך ותן ושא וטול ויהא מנה זה לפ' בידך כולם כזכי דמי וכמ"ש הרשב"א בשב"ק דגיטין הביא דבריו הרב ז"ל בב"י סי' הנז'

ומלבד זה אפילו שקבלם בשתיקה דוקא כששעת הקבלה היה בדעתם לקבלם להשבונו וקבלם בשתיקה לכוונה זו אבל אם אפילו כשקבלם בשתיקה היה דעתם לקבלם בעד היתומים אלא שאח"כ כשראו שהסוחר הערל ברח והלך לו וקיה חייב להם ממון אמרו שרוצים לקבלם לחשבון חובו לאו כל כמינייהו דכיון שזכו בשביל היתומים הרי הם מעות של יתומים בכל מקום שהם ושוב אין להם זכות בהם

ותנא אתינא לה ממ"ש הרמ"ס ז"ל בחלק ח"מ סימן קכ"ה

קס״ה וז״ל וזה שקיבל אחרם שכן היה שכשבאו לידו מעות שמעון קבלם לחשבונו אבל אם האפוטרופוס יודה שכשקבל המעות אמ׳ שקבלם לחשבון ראובן אלא שמעת׳ שרואה שאין כח לשמעון לפרוע שאר החובות רוצה להחזיק במעות בשביל חובו בזה ודאי לא זכה האפוטרופוס במעות שאחר שזכה בהם בשביל ראובן הרי הם מעות של ראובן בכל מקום שהם וחוב אין לאפוטרופוס זכות בהם ויקרא גזלן גמור ע״כ וכ״כ הרדב״ז ז״ל בסימן הנז׳ ד׳ן מינה בנ״ד דאין לורך להטיל חרם על זה דאפוטרו׳ מודים שכשלקחום לקחום בעד היתומים אלא שאח״כ כשראו שגזבר רוצים לעכבם בשביל חובם וגם עשו מעשה ונתנום ליתומים שמוב אינם יכולים לחזור בהם

והנה תשוב׳ הרדב״ז בנדון הנז׳ שהיא כנ״ד ממש מקיימת כל דברינו וז״ל ראובן שהיה חייב מנה לשמעון וגם ה״ו בידו מעות של יתומה ושלח ראובן מנה לשמעון וכתב לו תקח חצי המנה בחובך והחצי תתן ליתומה ואחר שבאו המעות ליד שמעון החזיק בכל המנה בחובו והשיב הרב ז״ל דאפילו דמעות היתומה היו אצל ראובן מלוה ומלות שמעון מלוה בשטר ושל היתומה על פה כיון דמודה שמעון שעדיין חייב ראובן המעות ליתומה כל עוד שמעון קודם שבאו המעות לידו לא אמר שאינו רוצה להיות שלוחו של ראובן בשביל היתומה אינו יכול להחזיקם בעד חובו דכיון דראובן עשה את שמעון שליח לתת המעות לידה היתומה אם יתן שמעון ליתומה החצי עשה שליחותו ותתקיים השליחות ואם לאו תתבטל השליחות והוי כאלו המעות עדיין ביד המשלח ולא יצאו מרשותו כו׳ והאריך בזה הרבה יע״ש ׃ הכלל העולה שהאפוטרופוסים זכו בפרעון ההוא ביד היתומים גם יהודה ויששכר כבר נפטרו מחוב היתומים הסך ההוא שנתנו לאפוטרופוסים ואינם יכולים לעכבם לעצמם כ״ש אחר שכבר קבלם לחשבון היתומים וגם פרעם להם אינם יכולין לחזור בהם ולהחשיבם בחשבונם הנלע״ד כתבתי הצעיר חיים בכמה״ר יצחק בנבנשת זלה״ה

סימן פ״ג איזמיר תמוז התי״ז להחכם השלם כמה״ר שלמה אלגאזי נר״ו

שאלה לאה אשה אלמנה שנשארו לה בנים מבעלה ראובן ובאת לגבות כתובתה והניחה ליתום סך מכתובת׳ קצת דברים של דבר העישור שנוהגים פה איזמיר שהאלמנה שתבא לגבות כתובתה תניח עישור נכסים ליתומים ואם ימותו היתומים קודם נישואין חוזרת המתנה אליה האמו אותה ביד ואם רצוה אכם זקן שבעיר לשמרת והיתום לקחו אבי אמו לזונו בביתו ויהי כי ארכו הימים יום אחד הלך היתום לבקר את דודיו ואמרו לו שב בביתינו ימים ועכבוהו בביתם וישב עמהם ואחרי זאת מת החכם הזקן אשר בידו הכספים והלכה הזקנה ולקחה הנכסים בביתה ואז הלכה אם היתום לביתה לראות אם היו הדברים בשלמות גם ואמרה להם תהא זאת בביתכם לפקדון ולמשמרת והנה אחר ימים מת הנער ואמו תובעת העישור נכסים כמו שהיא הסכמת העיר שאם היתומים לא יכנסו לחופה שתחזור הירושה לאמו ודודיו טוענים שהם פרנסוהו בביתו ורוצים ליקח העישור בשכר המזונות ואמו טוענת ג׳ טענות חדא דכיון דהיה יתום ופרנסוהו בביתם ולא פירשו אין להם להשתלם כמ״ש בטור י״ד סי׳ רנ״ג ועוד טוענת שקודם שיזונו אותו כבר היו זכים אותו בבית זקנו והם קראוהו וכיון שהיה לו מקום לזון עצמו היא פטורה ועוד טוענת דכיון דלא היו נותנים ליתום ואלא כדי חיין לאגורת נהם ולא יותר די להם

מה שהיו משתמשים ממנו שמוש רב כפי כחו הלעת המטה ובכבוד ורבוץ הבית ומזיגת הכוס ושאיבת מים מן הבור והם טוענים שהיו זנים אותו על סמך הנכסים שהיו ביד ש ואמו טוענת שתחלה יוכיח שהיו הנכסים ביד הגר והיו זנים אותו ועוד טוען דודו שספק עם היתום שיזונו ואמו טוענת שמה כח היה לו ליתום בנכסים אלא אם יכלם לרובקן וכל זמן שלא נכנס לחופה מה לו בנכסים שהרי אין היתום יכול למכרם ולמשכנם ודמי כמי שנתנו לו מתנה כל ימי חייו ומכר דהנותן מוציא אח״כ עוד טוענים דודיו כי יום א׳ אמר׳ אם הית׳ להם תנו לי שום דבר מהנכסים והיא טוענת כי הלא כה דברה כאשה בוערת עלזר בעצמותיה שהיו מפחידים אותה כי למשפחותם לבית אבותם כתיב והכל שלהם אמרה להם בלשון לעז דיספוחיש קי איל ליין קיז׳ו אנבי לכחן דאמי אלגו ובטעות היה שלא ידעתי כי כפי ההסכמה היתה שלי על הכל יורינו מורינו ושכמ״ה

תשובה להיות כי גר אנכי בארץ וכאורח נטה ללון באתי עד הלום וכלי אומנותי ספרי אין אתי דרך קצרה אני בא להשיב תשובה בתי שורות על פני רוחב השאלה מה שתעלה מצורתי וקוצר שכלי ממה שהוא רשום בזכרוני וגרסה אנכי בקצרה מגדולי האחרונים זלה״ה כתב הרב בעל התרומות בשער ס״ה הב׳ אדבריו הרב ז״ל בב״י ח״מ סי׳ קכ״ח מחודשין ב׳ נשאל הרי״ף ז״ל מי שפרנס יתום בתוך ביתו ובשהגדיל היתום תבע מה שהוציא עליו כי אמר שבתורת הלואה הוציא והיתום טוען לא כי הלא בתורת מתנה והשיב שאין לו על היתום כלום לפי שלא אמר לו כן לא נתן לו אלא לגמילות חסדים כו׳ ע״כ וכתב עליה הרב ז״ל ומשמע שאין דברי הרי״ף ז״ל אמורים אלא כשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתובעו אבל אם היה בידו משל היתום כשיטה שיגבה ממנו מה שהוציא עליו ולא שייך למימר היה לו לומר הוציא עליך משלי בתורת הלואה כיון דקטן היה ותיהו ה״מ כשהיו לו נכסים באותה שעה אבל אם לא היה לו אין לו עליו כלום דאם לא היה הוא מפרנסו היו אחרים מפרנסים אותו דחייבים ישראל לפרנס עניים ע״כ

ולכאורה יש לתמוה שבספרו הקצר חלק י״ד סי׳ רנ״ג ס״ה כתב מי שפרנס יתום והיה מכוין למלוה וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו פטור והניה עליו בעל המפה וז״ל אפילו היה ליתום באותה שעה אם לא שפירש שדרך הלואה פרנסו ע״כ וממ״ש הרב ז״ל בח״מ סי׳ הנז׳ נראה דכל שהיה ליתום באותה שעה אין צורך לו דלצורך הלואה פרנסו אלא אפילו בסתם משתלם ממנו ודוחק לומר שדין הרב ז״ל בי״ד סי׳ הנז׳ הוא בדלית ליה דבאית ליה חוזר ומשתלם ממנו והרב בעל המפה שהגיה עליו אפי׳ היה לו ליתום חולק על הרב ז״ל וסובר דאפי׳ אית ליה ליתום פטור דהי״ל לרב בעל המפה ז״ל לבאר שהוא חולק על הרב ז״ל אבל אמיתותן של דברים דאף הרב ז״ל סובר דאפי׳ אית ליה ליתום אינו חוזר ומשתלם ממנו וכב״י סי׳ הנז׳ לא זיכה למפרנס היתום אלא כשהיו בידו הנכסי היתום דיש טעם לומר דכיון דיש בידו ממעות היתום לא הוצרך לפרש שבדרך הלואה מפרנסו אבל בשלא היו בידו מנכסי היתום אע״ג דאית ליה ליתום פטור מלשלם אם לא פירש שבדרך הלואה מפרנסו ומ״ש בספר הקצר בי״ד והיה מכוין למלוה לא שפירש כן בפירוש אלא מסתמ׳ כל שלא פירש לשם הלוא׳ מכוין למלוה מיקרי וכן ראיתי לרי״ו ז״ל בנ״ט כתב שתשובת הרי״ף ז״ל שהביא פס׳ הת אפילו יש ליתום וכן הסכימו מהר״ש מטרא״ני ז״ל בח״ב סי׳ ל׳ ומהר״ם אלשי״ך ז״ל סי׳ ע׳

והרש"ח בחלק ח"מ סי' פ"ה ומורי הרב ז"ל בתשובה הלק א"ה סי' כ"ח ועיין סי' ק"ג ובחלק ח"מ סי' פע"ג ובהר"א ששון ז"ל סי' פ"ו

וקשיא לי איך אפשר להעלות על הדעת שהקטן חייב לפרוע מה שפרנסוהו בעודו קטן ובזרק החובל

תנן הש"ו פגיעתן רעה הם שחבלו באחרים פטורים ובשלמא לפי מ"ש הגהות אשירי ושלטי הגבורים דחייבים לשלם כשיגדילו איפשר דמ"ש קטן שהוא חייב לשלם כשהגדיל מה שפרנסוהו אבל להרמב"ם ז"ל פ"ד מהלכות חובל והרב בעל הטורים בחלק ח"מ סי' תכ"ד שכתבו דאפי' אחר שהגדיל פטור מלשלם קשיא השתא ומה מחבלה שחבל הוא עצמו פטור בשזונות לא כ"ש ודוחק לומר דהשוברים כאן דחייב לשלם הוונות כשהגדיל סוברים כהגהות אשירי דאף בחבלה חייב לשלם כשהגדיל וצ"ל דש"ל דלא דמי חבלה דהוי דבר דלא שכיח למזונות דשכיחי (ההגה' הזוב באו לידי תשובו' הרמ"ע מפאנו ז"ל וראיתי בסי' פ"ט כתב בשם מהר"ר טוביה שפורנו ז"ל דפטו' מלשלם מק"ו דחבלה ע"כ ההגה"ה) ואיך שיהיה כשיש לה פרנס מנכסי קטן אפילו בשתם הוזר ומשלם ממנו

והיינו בנדון שלפנינו אפילו שיש בידו מנכסי היתום כנו' מלשלם ו נוציאין הממון מידו מהטעם שבא בשאלה שהיתום היה מתפרנס נבית אבי אמו והוו לקחוהו ושכבוהו בביתם וכיון דהיתום היה מוכח מי שיפרנסו בלא כסף ובלא מחיר והם לקחוהו ופרנסוהו כל עוד שלא פי' ליתום שבדרך הלואה הם זנים אותו פטור מלשלם וכן יש לדקדק מדברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קכ"ח שכתב ומיהו ה"מ כשהיו לו נכסים באותה שעה אבל אם לא היו לו אין לו עליו כלום דאז לא היה הוא מפרנסו היו אחרים מפרנסים אותו דחייבין כל ישראל לפרנס ענייהם ע"כ ומינה דאפילו יש לו ליתום כל שהיה לו מפרנסים בחנם אין לו עליו כלום דאם לא היו מפרנסים אותו היה מפרנסו אבי אמו וליכא למימר תינח בעוד אבי אמו חי דודאי אין להם להשתלם ממנו בזונו' אותם השנים כיון שאם לא היה הוא מפרנסו היה מפרנסו אבי אמו אבל אחרי מות הזקן אבי אמו שאין לו מי שיפרנסנו חזר הדין ליתום שאין לו מי שיפרנסנו וישתלם ממנו מה שהוציא עליו משעה שמת אבי אמו ואילך הא ליתא דכיון דבשעה שלקחו בביתו היה לו מי שיפרנסנו ומסתמא לשם מצוה פרנסו גם אחרי מות אבי אמו לשם מצוה פרנסו הוא ז"ל ולא פירש דמכאן ואילך מפרנסו לשם הלואה ומצאתי למהר"ש הלוי ז"ל בתשובותיו חלק ח"מ סי' מ' בשאל על ראובן עשיר שפרנס לבן בתו אלמנה וקרובי היתום היו אומרי' שישלחהו אצלם והם יפרנסוהו ולא רצה ראובן והיה הנער משרת את פני זקנו ומת היתום ונמצאו ביד ראובן זקנו מנכסי היתום ורוצה להשתלם מהם מה שהוציא עליו והשיב דכיון דהיתום היה מוצא מי שיפרנסנו בחנם אע"פי שיש לו נכסים בשעת הפרנסה פטור מלשלם והוציאין הממון מיד ראובן אפי' הוא תפוס דכיון דנתרצה לפרנסו אדעתא דמתנה היה ע"כ וזה מסכים לכל מ"ש

עוד יש טעם אחר לזכות לאם היתום בנדון שלנו ממה שבא בשאלה שהיו משתמשין בו ביתום הזה שמוש רב כפי כחו כו' ואם ודאי הדברים ברורים דבשביל שמוש כזה הפרנסה ועוד מעט תהיה חלף עבודתו ומעשים בכל יום שאדם לוקח משרת בבית לעשות השמושים הנז' בשאלה וחוץ מהמזונות שמפרנסו נותן לו עוד שכר מה חלף עבודתו כ"ש בנ"ד שלא היו נותנים לו כלום זולת המזונות דודאי אותם המזונות יהיו חלף עבודתו אף אם מן הדין יהיה חייב לשלם מזונותיו אם לא היה משרת אותם ויש ללמוד זה ממה ששאל

מהרי"ל ז"ל בח"א כלל י"ב סי' ע"ה על ראובן שהיה אשה אלמנה והיה לה ילד קטן והאכילו והלבישו והעמידו בבית הספר עד שהיה בן ט"ו שנים ואחר אח"כ הנער היה מתעסק בקנית נכסים שלו ולא סר היה מלכרכנו והלבישו ומת הנער ונמצאו נכסיו ביד ראובן ועתה רוצה להפרע מכל מה שכזר על הנער והשיב הרב ז"ל הדין עמו אע"כי שלפעמים היה נהנה ממנו באיזה שמוש למצוה דמצוה לא חייבינן כראה ברור מהדין ואם היה משמש בו תדיר בדברים שהשמש עושה לרבו כנדון שלנו הדין עם יורשי הנער וכ"כ בפירוש מהר"ש הלוי ז"ל בסי' הנז'

עוד יש טעם אחר לזכות לאם היתום מטעם המדנא דאמרנא דמוכח הוא שלא נתעוררו דודיו להשתלם דמי המזונות אלא בשביל שמת היתום והנכסים חוזרי' לאמו ואם לא היה מת לא היו משתלמין ממנו דמי המזונות והראיה שכל זמן שלא מת היתום אע"פי שהיה גדול בשנים מבן י"ג ומעלה לא שאלו לו כלום ולא כירשו דבשביל מה שהיה בידם מאלו היו מפרנסים אותו וכיון שכן הוא שוב אין יכולין לומר שרוצין להשתלם דמי המזונות כיון דמי הלוה לשם מכונה פרנסוהו כמו שהוכיח שופט על תחלתם שאף שנתגדל לא שאלו ממנו כלום ואף עתה שמת היתום אינן יכולין להשתלם ממנו

ומה שבא בשאלה שטוענין דודיו שיום אחד אמרה להם אמו תנו לי שום דבר מהנכסים כנגד שאין לה ממה היא ויפה השיבה ואם היתום שטעתה בדין שחשבה שהכל היו ליורשיו מלבד אביו דל"ת אבל דעבידא לטעות אלא אפילו איה נאמן לטעון לטעה בדין כמ"ש הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש ס"ה כל שהתובע טועה בדין בדבר שאיכשר לטעות נאמן הנתבע לומר שטעה בדין וכ"כ בשם הר' לדקיה וכ"כ מורי הרב ז"ל בתשובה ח"א סי' ק"ב ועוגא דרבנן הובאו דבריהם ז"ל בהרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סי' קי"ו וכן הסכים הרשד"ס ז"ל שם וכ"כ מהר"ס אשכנזי ז"ל סי' ע"ח ובשם רבינו אביגדור כהן ז"ל הביא מהר"י קולון ז"ל שכ דכל שהדעת יכול לטעות בכך יכול לטעון שטעה בדין נגד הדברים שאפילו שהתובע לא טעה בכך וכ"כ שתם מהר"כ הלב"ד ז"ל בסי' י"ד ומהרח"ש ומהר"ש הלוי ז"ל בתשובות מהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סי' כ"ו וכן מתברר מדברי מהר"ס מזרחי ז"ל ח"א סי' קכ"ח וכן מצאתי למהר"ס קאשטילאץ ז"ל בתשו' כ"י וכ"כ הרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סי' שכ"ה וכתב דנהי לאו דינא גמירי וע"ש סי' קנ"ד ומהריב"ל ז"ל בס"ב סי' ע"ג כתב דבדאיכא רגלים לדבר נאמן אדם לומר שטעה בדין ובדליכא רגלים לדבר אינו נאמן לדעת ר"ת וסיעתו ז"ל ונראה דלא כתב הרב ז"ל כן אלא יותר בליש אבל בהשה וכיון דליכא רגלים לדבר נאמנת לומר שטעה בדין ואפילו תימא דלכיון באשה קאמר דאם אין רגלים בדבר אינה נאמנת בנ"ד הדבר מבואר דיש רגלים לדבר שסוברת שזאת הירושה היא כשאר הירושות שיורשי האב יורשים ולא יורשי האם ועיין במהרש"ך ח"ג סי' מ"ו ובהר"י הלוי ז"ל סי' ב"ו והתבאר מדברי הגאון מהר"י קולון שרש ד' דהיכא דהדין נותן שאם טוען שטעה בדין שנאמן אפילו אי לא טעין איהו טענינן ליה וכן מתבאר מדברי הרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סי' קי"ו והכא אחד שהובא שם וחכם אחר ש. ובא שם כתבו בפירוש וכ"ש בנדון שלפנינו שאם היתום טענה כך ואף אי יהיבנא להו טעותיהו לטעמי' כן שאין האם נאמן לטעון שטעה בדין ואפי' האשה ואפי' נתנה מתנ' בפירוש בנדון שלנו לא מהני דכיון דהיא סבורה שהם נ"מ שנכנו לה בירושה הדר שנגאלת מכרה ומתנתה בטלים והבעל מוציא מיד הלקוחות כדאסיקנא בב' האשה שנפלו וכבר ידוע דכל שידע הבעל בין נפילה למכירה מקרי נכסים

כפיות יתומה וליע"ע חינה יכולה למכור וליתן ואפי' לדינת הריב"ש ז"ל בסי' ג' מה"ח שהבעל מוליא מיד הלקוחות הפירות ולא הגוף הא מיהא אין כח בידה ליתן מתנה חלוטית ומוליא הפירות מיד הלקוחות כל ימיה ואם תמות היא בחיין אף גוף הקרקע מוליא מיד הלקוחות כ"ש שאני אומר שלא כ"כ הרמב"ם ז"ל אלא במוכרת בפירות או נותנת בפירות אבל בנדון שלפנינו אפילו אם נימא שמהמת הדין אינה כאשת לומר שטעתה ביון לא מיקרי מתנה לענין שלא יוליא הבעל מיד הלקוחות

אבל מה שיש לפקפק בזה הוא מה שנא בשאלה שהמפרנס את היתום טוען שפסק עם היתום ואמו של היתום טוענת שמה כח יש ליתום בנכסים אלו שהרי אינו יכול למכרם ולא למשכנם ודומה למי שנתנו לו מתנה שיהיה שלו כל ימי חייו ומכר המוכר דהנותן מוליא אח"כ ע"כ ואיברא ודאי שכן כתב הריב"ש ז"ל בסימן ת"ע שאם אמר נכסי לך כל ימי חייך אינו יכול למכור דהוי כאומר ואחריך לי או ליורשי ואם מכר יורשי הנותן מוליאין מיד הלקוחות וכ"כ הרמב"ן ז"ל ע"כ

אמנם אני מסתפק בזה הרבה דאפשר דלא דמי כ"ד אלא לנכסי לך ואחריך ליורשי ואח"כ תחזור לי שהרי הסכמת העיר שאם ימות א' מהיתומים תחזור המתנה לאחיו ואם ימות גם אחיו תחזור המתנה לאם הנותנת וכתוב בב"י ח"מ סימן רמ"ח דהאומר נכסי לך ואחריך ליורשי הוי כאומר ואחריך לפ' וכ"כ הר"ב המפה ז"ל ובנכסי לך ואחריך לפ' קי"ל דאם עבר ומכר או נתן הראשון אין השני מוליא מיד הלקוחות גם הרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"ד סימן ג' כתב דמי שנתן מתנה לבניו לפי כך ולפי כך והתנה אם ימות א' בלי זרע שיפול חלקו לאחיו וכתן שמעון מחלקו ה"ל כנכסי לך ואחריך לפלוני דקי"ל אין לשני אלא מה ששייר הראשון ע"כ

ולכאורה נראה שהוא דומה בדומה כנדון שלנו ולפי זה אם מי שפרנס את היתום ישבע או יקבל חרם שפסק עם היתום יגבה ממה שיש בידו שיעור מה שפסק עמו בהיותו מבן י"ג שנה ומעלה אמנם עדיין אפשר דלא אמרינן ואחריך ליורשי הוי כאומר ואחריך לפ' אלא כשלא חזר ואמר ואחרי יורשיך לי אבל אם חזר ואמר ואחרי יורשיך לי כנדון שלנו הוי כאלו אמר ואחריך לי דאם מכר או נתן מוליאין מיד הלקוחות ועוד דאפשר דכיון שלנו הוי כאומר ואחריך לי דלא כתב הרא"ש ז"ל דהוי כאומר ואחריך לפלוני אלא דוקא בנדון שלו שנתן לכל אחד מתנה בנכסי עצמה והתנה אם ימות א' בלא זרע שיפול חלקו לאחיו אבל בנותן זה שהוא כנדון שלנו הנותן המתנה שניהם כא' והתנה שבעוד הא' קיים ירש הכל ואחריו יחזור לו הו"ל כאומר נכסי לך ואחריך לי שאם מכר או נתן מוליאין מיד הלקוחות

אלא שמלד אחר אני רואה שאין לנדון שלפנינו הדמות לנכסי לך ואחריך לי ולנדון הריב"ש ז"ל דבשלמא התם לא החליטו במתנה אלא כל ימי חייו ואחר נאתו אפילו יהיה לו זרע חוזר המתנה לו אבל בנדון שלנו שלא התנה שתחזיר המתנה לה אלא דוקא אם מת קודם הנישואין אבל אם מת אחר שנשא אשה יורשיו יורשים אותו הא ודאי כשיטה דכל מה שמכר או נתן קיים כיון שיש באפשרות שישא אשה ולא תחזור המתנה לנותן ועוד דאפילו למ"ד דנכסי לך ואחריך לי ובנכסי לך כל ימי חייך דאם מכר ונתן מוליאין מיד הלקוח' היינו דוק' במה שמכר או נתן שלא לצורך מזונות ופרנסה אבל מה שמכר או נתן היה לצורך מזונות אין מוליאין מיד הלקוחות וכ"ש בשהמתנה עצמה הוליאה למזונותיו ופרנסתו דאין מוליאין מידו דאנו אם המקבל הזה לא מכר ולא נתן אלא שהוליא לצורך פרנסתו יתחייב להשלים מה שהוליא לצורך פרנסתו אם יהיה לו מעות ממקום אחר וכ"ש כשאין לו מעות ממקום אחר כנדון שלנו וכיון שאם חזר המתנה להוכחוהיין אינו חייב לשלם ה"ה אם מכר או נתן לצורך מזונותיו

ולכן דעתי הקלרה נוטה שאם המפרנס יקבל עליו חרם שפסק עם היתום מזונות יגבה ממה שבידו שיעור מה שפסק מבן י"ג שנים ומעלה הנלע"ד כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן פד

מ"ש דדמי הך מילתא לנכסי לך ואחריך ליורשי הכי הוה משמע לכאורה אבל לסוף קושטא לא הוי הכי דלב ב"ד מתקני ההסכמות מתחלה לזכות ליורשים העיקור נכסים בין כשהם שנים בין כשהוא אחד ואפי' הוו שנים כחד חשיבי. והו"ל כאלו נעת הכרעת העיבור אמר לכל אחד מהיתומים בנכסי עלמו נכסי לך ואחריך לי ודעתה לכל מי שיחיה מהם וכן נראה גם כן שכתוב בתשובה ומה שדחה זה ואמר דכיון דיש באפשרות שישא אשה הא ליתא דהכא איכא למימר שאין כאן מתנה כלל כדי שיהיה לה זה הדין אלא הוא פקדון דאיכא למימר דכיון דהדין הוא שכל הנכסים הם לאשה ומתקני ההסכמות עשו רחמים על היתומים לזכות להם עיקור הנכסים א"כ מעת שמפרישים ומוליאין עיקור נכסים מכתובתה אין בדעתה בתורת מתנה אלא שמפרישים אותם ביד שליש לפקדון והו"ל כאלו לב ב"ד מתנה בשביל האשה אם יזכו לחופה או יהיה העיקור להם ובאותה שעה תהיה המתנה ותחול מעכשיו ואם לא יזכו תחזור לאשה גם מ"ש דהמתנה הוליאו אותה למזונות שאני הכא שלא הוליאו העיקור נכסים אלא קיים הוא אלא שאחר מות היתום רולים למכרו וא"כ אין כח בידם למכרם אחר שמת נהם בחזקת האשה ולשון ההסכמה מוכחת שהוא משום פקדון שכתוב בה דיב'אה פארה לוס יתומים ולא כתב איכפריזינטארה וא"כ אפילו למזונות אין יכולין למכור הקטן שלמה אלגאזי

סימן פ"ה

הדברים מתמיהים שהחכם השלם נר"ו טעה בדברי עלמו שבשאלה שסדר מכתב ידו כתוב כמו שהיא הסכמת העיר שאם היתום לא תכנס לחופה שתחזור הירושה לאמו ועלובה טיפה שנחתומ' מעיד עליה שהוא עלמו כתב שבהסכמה כתוב לשון ירושה ואף בזו כשגגה היולאת מתחת ידו שאי אפשר בשום פנים שיהיה כן לשון ההסכמה דאם כן היאך זכתה האשה אחרי מות בניה הרי ירושה היא וירושה אין לה הפסק ושם שנמלא בדברי הראשונים והאחרונים אופן שאף בלשון ירושה לראוי ליורשו יש לה הפסק כיון דכל זה הוא פלוגתא דרבוותא המע"ה ובנדון שלנו שמי שפרנס את היתום הוא מוחזק המע"ה ואין ספק שלא היו מתקנים מתקני ההסכמה דבר שהוא במחלוקת • וע"כ אית לן למימר שהחכם השלם נר"ו לא דקדק בלשונו ונתחלף לו מתנה בירושה וכן מוכיח מסוף דבריו שכתב ודומה למי שנתנו לו מתנה שיהיה שלו כל ימי חייו כו' הנה שבכאן תפש לשון מתנה והוא האמת בלי ספק וע"ז באו דברי בתשו' דלא דמי לנכסי לך כל ימי חייך

 והן

והן לו יהי כדברי החכם השלם נר"ו שאין כאן לא לשון ירושה ולא לשון מתנה לא ידענא מאי קאמר דאם כונתו לומר שהוא לשון הנחה ולשון אני מניח אפילו למ"ד דמהני בש"מ בבריא לא מהני כמבואר בתשובות הרא"ש ז"ל כלל פ"ג הביאה בנו הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן רנ"ג ס"ה מה הדמות יש מזה לזה דהתם הנותן הוא שאו' לשון זה שהוא מניח ועל זה כתב הרא"ש ז"ל בתשובה הנז' דבבריא לא שייך האי לישנא אבל בנדון הלז שלשון דיש"ארה אינו מלשון הנותן אלא מדברי מתקני ההסכמות שאומרים דיש"ארה עישור נכסים ליתומים שייך שפי' לשון דיש"ארה שהשנו"לשם עישור נכסים דיש"ארה אינו ק נ"רה קון שו כתובה והוא ברשות היתום וכדי שאם ימות קודם נישואין לא יצא' ליורשיו היא מתנית שע"ת זה היא מנחת עישור זה לבניה ואינו גובה אותה בכתובתה שאם ימות בנה קודם נישואין תחזור אליה אותו העישור ומ"ש דהכא איכא למימר דאין כאן מתנה כלל עד וא"כ אפי' למזונות אינו יכול כאדם שאינו רואה חובה לעצמו השוה לנו את החלוקים וחילק לנו את הדין כ"ע יתני דכונת מתקני ההסכמה שיהיה העישור ליתומים מתנה ממש זולת שהיא בתנאי שאם ימות קודם נישואין תחזור המתנה אליה אבל כל עוד שהם בחיים אין כח בידה לערער עליהם שלא ימכרו ושלא ישתמשו בה כמו שהוא מעשים בכל יום שהיתומים המשתמשים באותם נכסים ואין דובר להם דבר והרי זה כמי שמשיא את בתו במקום שנוהגין כתקנת טליטולא או במקום שיש מנהג או במקום שמתנין להחזיר החצי ליורשיה כשמתה בחיי בעלה ולא הניח זרע של קיימ' שבעוד שהיא בחיים בין היא בין בעלה יכולין למכור ולתת או למשכן ואין יורשיה יכולין לעכב על ידן לומר אולי מחר תמות בלא זרע ולא ימצאו לקחת חלקם הכי נמי אף ע"פ שאם ימות קודם נישואין חוזרת לאמו בעודו בחיים יכול לעשות בעישור זה מה שלבו חפץ וכ"ש כשמוציאן המתין למזונות ולפי דברי החכם השלם נר"ו שהן פקדון אין יכולים היתומים להשתמש בהם וזה מן הנגלה שאין הדברים כן אלא שמשתמשים מהם ועושים מה שהם רוצים כמו שאנו רואים בכל מקום שתקנו תקנה זו

ומ"ש החכם השלם נר"ו שמפרישין אותו ביד שליש לפקדון אף אם בהסכמה בא שנותנין אותו ביד שליש אין הכונה כדבריו דמשום שהוא פקדון מפרישין אותו ביד שליש אלא משום דרובא דרובא היתומים הם קטנים ואין ראוי ליתנו בידם אמרו שיתנו אותו ביד שליש להיותו שמור בידו כשיגדלו היתומים אבל אם היתומים הם גדולים מבן י"ג ומעלה פשיטא דנותנין אותו בידם להשתחר בהם ולעשות מה שלבם חפץ ואפי' כשהם קטנים והנכסים ביד שליש השליש מתעסק בהם להרויח לצורך היתומים ואם כי אסהרויחו הנכסי' ומת היתום קודם הנישואין לא תטול האם הקרן לבד לא מה שהרויח וזה דבר ברור לא כקפק בו אדם מעולם ותמה על עצמך איך אפשר דכונת מתקני ההסכמה הם פקדון והם הוצרכו להתנות שאם ימו' קודם נישואין שתחזור לאם הנותנת ומה צורך בתנאי כיון דממילא קא אתי שהאם לא הניחה מטלטלין אלו אגב לפקדון לבנו לבשיגדל וזכה בהם למפרע אבל כל שמת קודם נישואין לא זכה בו וממילא נשאר ברשות המפקיד ואפי' נודה להחכם השלם נר"ו שלשון דיש"ארה בנדון זה הוא כלשון הנחה במתנת בריא הינו דוקא כשאמר אני מניח אבל כשאמר אני עוזב לשון מתנה הוא וכן מצאתי להרד"בז בתשו' כ"י איברא שכתב שם הרב ז"ל שלשון עזיבה בלשון ערב הוא לשון מתנה ואפשר להבין מלשון זה דבלשון אחר לא הוי מתנה וכן מצאתי למהר"א ששון ז"ל בסימן כ"ג כתב דלשון עוזב אינו כמו מניח ואפילו בש"מ לא מהני אבל הרשב"א ז"ל בתשו' ה"ב סי' תמ"ג כתב דלשון עוזב הוי כמו מניח וא"ת כיון דבלשון ההסכמה לא בא בלשון הקודש לשון עוזב אלא בלשון לעז דיש"ארה מי האומר שפירש לשון הנחה ולא לשון עזיבה דבלשון ערב הוי לשון מתנה וה"ה לשון לעז ומעתה האמר כ"ה אין הדבר יוצא מידי ספק א"כ מי שמוחזק את היתום הוא מוחזק ויכול לומר עליך להביא ראיה שלשון זה יתפרש לשון הנחה ולא לשון מתנה כמו בלשון ערב ואף אם נאמר דלשון עזיבה הוא לשון הנחה כמדומה שהחכם השלם נר"ו אינו בקי בספרי הפוסקים אפילו במורגלים דשכיחא כמו הרד"ך ז"ל בבית ל' והרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן שכ"ח ומשפט צדק ז"ל ח"א סימן כ"ב דלמהר"י קולון ז"ל דלשון הנחה בש"מ לא מהני משום דלא מהני בבריא הלועז שאמר לשון הנחה בלשון לעז לכ"ע מהני ובודאי דבבריא מהני דאי בבריא לא מהני בש"מ לא מהני דמילתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ דמטעם זה כתב השואל להרא"ש ז"ל דלשון הנחה לא מהני בש"מ והרד"ך ז"ל בסימן הנז' כתב דאם יש הוכחה דלשון הנחה לשון מתנה קאמר לכ"ע מהני וכבר כתבתי דבנ"ד יש הוכחה דלמתנה תיכוונו :

עוד כתב הרד"ך שם דאם כתב לשון מתנה בתחלה או בסוף אפי' שאמר לשון הנחה אפי' למהר"י קולון מהני וכ"כ מהריב"ל ז"ל בס"ג סי' י"ט והרא"ל"ב בתשובה כ"י סימן קס"ז ותימא איך נעלם כל זה מעיני החכם השלם נר"ו

עוד ראיתי למהר"ם מלאדוה ז"ל סימן כ"ד ולמורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן כ"ג כתבו דלשון הנחה יספיק ללשון ירושה מעתה יש לשאול להחכם השלם נר"ו לשון זה שאמר דיש"ארה היכי דיינינן ליה אי לשון מתנה זכינו לדין שהוא מתנה ואי לשון ירושה למי שראוי ליורשו אין לה הפסק וזכה מי שפרנס היתום מנכס זה באופן שכל מה שכתב החכם השלם נר"ו הוא מבני השקפה הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים שמה"ר ישראל נגגגשת זלה"ה

סימן פ"ו

ירושלים לכבוד הר' יהודה אלגאזי יצ"ו שנת התק

שאלה ילמדנו רבי' ראובן היו לו כ"ח הרבה והלך למצרים ומשם שלח לקובעה שחורות ליד שמעון וצוה לו שאל ימכרם כחות מסך זה וכשימכרם לסך הנז' יפרע לתוגרמים שיש להם עליו חובות ושמעון הלכד שלא פרע לתוגרמים פרע לב"ח יהודים כחות. מהסך הנז' ונתן ג"כ מהפקדון למזונות אשתו של ראובן עתה בא ראובן וטוען שמי אמר לו שיתן למזונות אשתו ושיפרע לב"ח ישראל ולא לב"ח גוים שצוה לו כן ועוד שרם היה פורע לב"ח גוים היו נוטלין הסחורה כסך שכתב ראובן לשמעון ולא די שפרע לב"ח ישראל ולא לב"ח גוים אלא שנתנם להם בפרעון פחות ממה שאמר לו הרבה ורוצה שישלם שמעון לו הנזק ההוא שגרם לו לפרוע לב"ח ישראלים ולא לב"ח תוגרמים יורינו רבינו הדין עם מי ושכמ"ה :

תשובה בענין פורע חובו של חבירו שלא מדעתו נחלקו הפוסקים שדעת רב"י ז"ל ורוב הפוסקים הסכימו דהפורע חובו של חבירו אין חבירו צריך לשלם אבל דעת ר"ח ז"ל דלא אמר חנן אבד מעותיו אלא בפורע חוב מזונות אשתו שאין חיובו ברור אבל בשאר חובות שחיובו ברור חייב לשלם : וכן הביא הרא"ש ז"ל בשם ר"ח ז"ל ובדעתו של הרא"ש ז"ל עצמו יש דעות

חלוקות

חלוקות שהרב בעל הטורים ז"ל ח"מ סימן קכ"ח וי"ד סי' רכ"ח כתב כמסקנת הרא"ש כר"ת ואחריו נמשכו בעל המפטי שמואל בסימן קט"ז ומהר"ר עובדיא ספורנו בתשו' מהרמ"ע מפאנו ז"ל סימן פ"ט והסמ"ע והב"ח אבל הרב ז"ל בב"י סימן הנז' הכריע שדעת הרא"ש ז"ל כרש"י ז"ל וכ"כ מהריב"ל ז"ל בס"ג סימן י"א והרשד"ס ז"ל חלק י"ד סימן כ"ח וחלק ח"מ סימן ת"ח ורב אחר הובאו דבריו במהר"א ששון ז"ל ומהר"א ששון ז"ל בסימן ע"ו עד שהרב הנז' אשר הובאו דבריו במהר"א ששון ז"ל הסכים לומר דמ"ש הטור בח"מ סימן קכ"ח אחר דברי ר"ת ז"ל וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל הוא ט"ס ואין שם מקומו אלא אחר מ"ש ופרש"י ז"ל דבכל הוב איירי וכ"כ הרמב"ם ז"ל שם צריך להיות וכן מסקנת א"א הרא"ש ז"ל נמצא שדעת כל הגדולים הללו שדעת הרא"ש כדעת רש"י ז"ל וכן נראה עיקר ומה גם שתשו' הרא"ש ז"ל העתיק' הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ע"ו מורה באצבע שדעת הרא"ש ז"ל כדעת רש"י ז"ל

ולענין פסק ההלכה כתב הרב ז"ל בבדק הבית כיון שהרי"ף והרמב"ם ז"ל מסכימים לדברי רש"י ז"ל הכי נקטינן וכ"ש שהרא"ש ז"ל כן דעתו לפי האמת וכן סתם בספר הקצר וכתוב בספר המפה וכן כ"ל עיקר וכ"כ הרדב"ז ז"ל במודפסות סימן ר"ן ובכ"י ח"ב סי' רמ"ב והר"ע ספורנו ז"ל בתשובה כ"י והרמ"ע מפאנו סימן הנז' והרשד"ס בחלק ח"מ סימן קי"ח כתב רבים פליגי עליה דר"ת ובחלק י"ד סימן רי"ז כתב ויש לפסוק כרש"י ז"ל גם בחלק ח"מ סימן שפ"ח כתב שכדברי רש"י ז"ל הסכימו רוב הפוסקים רוב מנין ורוב בנין וכ"כ בסימן ת"ח וסיים וכמעט שסברת ר"ת סברת יחיד הוא ואחר שמצאנו ראינו גדולי הפוסקים הרי"ף והרמב"ם ורש"י ז"ל עמודי ההוראה מסכימים לדעת אחד אין לנטות מדבריהם וכ"ש שגדולי האחרונים הסכימו כן ע"כ

והיה אפשר לשפוט מדבריו דאין המוחזק יכול לומר קים לי כדעת ר"ת וכדעת אותו הרב ז"ל שהובא במהר"א ששון ז"ל סימן ע"ו שצדד לומר שהרא"ש ורבינו בעל הטורים לא ס"ל כר"ת ושר"ת הוא יחיד בדבר הזה וזה לכאורה תימא שהרי ר"ח קאי כסברת ר"ת ואולי ר"ח לא כתב כן אלא לפרש גמ' דידן אבל לענין הלכה סובר כירושלמי דמפרש אפילו בשאר חובות

שוב ראיתי למהרש"ס ז"ל חח"מ סימן קע"ו כתב על דברי רש"י והרמב"ם ז"ל כדאים הם שלא להוציא ממון כו' מדבריו אלא נראה דיכול המוחזק לומר קים לי כר"ת ור"ח כ"כ ב"ח וכך נראין דברי מהר"ם בתשו' הובאה בתשובות הרשב"א ז"ל סימן אלף וג"ט שכתב דברי ר"ת ז"ל לא נראו לריב"א ז"ל ועוד דכיון דאיכא פלוגת' דרבוותא לא מפקינן ממונא מספק ע"כ הא אם המוחזק היה אומר קים לי כר"ת אין מוציאין מידו וכ"כ בפירוש מהריב"ל ז"ל ס"א סימן כ"ז דף פ"ה ע"א ומהר"ם אלשיך ז"ל סימן קי"ג ומהרש"ך ח"א סימן ק"ז ורב אחר שהובא במהר"א ששון סימן הנז' והרא"ד ב ז"ל בתשובה כ"י סימן ס"א אבל מדברי מהר"י וייל ז"ל סימן קס"ו נראה שתופס כר"ת ז"ל וכן פסק הסמ"ע

שמצינו למאן מכל זה דפורע חובו של חבירו במחלוק' היא שנויה בין רש"י וסיעתו ז"ל ור"ת וסיעתו ז"ל ופסק ההלכה גם כן במחלוקת היא שנויה יש פוסקים כרש"י וסיעתו ז"ל ויש פוסקים כר"ת ויש פוסקים שיכול לומר קים לי וכסברא זו אולא סוגיין דעלמא (הגה"ה ועיין בספר בגה"ג חח"מ סימן קכ"ח

ושר מן דין מצאתי ראיתי למהר"י וייל ז"ל בסימן קס"ו כתב דהא דאמרינן דפורע חובו של חבירו שאינו היי' לשלם היינו דוקא שלא היה בידו של חבירו אבל אם היה בידו של חבירו ופרע חובו מה שעשה עשוי והביאו בספר המפה וכן כתב מהר"ם אלשיך ז"ל בסימן קי"ג ומהר"א ששון ז"ל סימן ע"ו ומהרש"ך בח"ב סימן קכ"ט וכן כתב הרב בב"י חלק ח"מ סימן ק"ה ס"ז אהא דכתב הרב בעל הטורים ז"ל ואם הנפקד מסרו ליד המלוה אין לו שבועה כו' תימא מי גרע זה מפורע חובו של חבירו דפטור משום דאמר אנא הוינא מפייס ליה הכי נמי לחייבי הואיל ופרעו שלא מדעתו וכ"ל שטענה זו מספקת לפטור ע"כ

והן הם דברי הרשב"א ז"ל שכתב הרב ז"ל בב"י וז"ל ושמעינן מינה דאילו רצה ב"ח דנפקד או דראובן לפרוע ממה שיש בידו לומר שנושא ראובן אף ע"פ שלא תבעו הרשות בידו וכן נרא' מדברי הראב"ד ז"ל ע"כ ואמאי חייב הואיל ופרעו שלא מדעתו אלא ודאי דהנעם הוא ממו' דאין טענה זו מספקת לחייב אלא לפטור ותמהני על הרב ז"ל בב"י שהקשה מה שהקשה שכתבתי למעלה על דברי הרשב"א ז"ל ולא הוקשה לו על דברי הרשב"א הנז' שהעתקתים למעלה מזה ודם כודקת הקושיא ביותר שאת שסובר שאפילו לכתחילה רשאי לעשות כן משא"כ בדברי הרמב"ן ז"ל דלא כתב כן אלא דוקא בדיעבד ועיין בתשובות הגאמכות ה"א סי"ל"ז ול"ח

ואם לחשך אדם לומר דכל זה לא איירי אלא במקו' שאינו חב לאחרים אבל במקום שחב לאחרים לא מהני וכמו שהכריח מהר"א ששון ז"ל בסי' ס"ז והכריח נ"כ דהא דאמרינן התופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה דמיירי אפילו בתופס מה שבידו שתי תשובות בדבר חדא דלא מיקרי חב לאחרים אלא בחייב לישראל אבל בחייב לגוים לא וראיה לדבר ממ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות מלוה והובא בספר הטורים ח"מ סי' ק"א היו עליו חובות לעכו"ם ואומר כל נכסי משועבדים לעכו"ם ואם יטלו אותם ישראל יבואו הגוים ויאסרו אותו ויהיה בשביה הורו רבותי שאין שומעין לו ואין משגיחין בו ויגבה הישראל כו' הרי שחובות גוים אינן נחשבין חב לאחרים נגד חובות ישראל ועוד שכתב הרשד"ס ז"ל בחלק א"ה סי' קמ"ב וחלק ח"מ סי' ר"ט דהא דהתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה היינו דוקא כשלא מסר התופס מה שתפס לב"ח אבל אם מסר התופס לב"ח מה שתפס קנה וכ"ש בנ"ד שכבר היו בידו ומסרן לב"ח

איברא שאני מסתפק דשמא כל זה לא נאמ' אלא דורא בשתם ר"ל שהמפקיד הפקיד בסתם ולא פירש לו אם רוצה לפרוע לפ' או לפ' אבל בנדון דידן שגילה הלוה שדעתו לפרוע לתוגרמים אין מסירתו של נפקד בחובות אחרים מסירה שוב ראיתי שאין להסתפק בזה מדאמרינן בפרק המפקיד ההוא דאפקידו גביה כרוא דכשותא וה"ל לדידיה נמי כריא דכשותא אמר ליה לשלוחו זיל ונטל מזה הכשות להוך השכר והלך והטיל משל פקדון ואסיקנא דשליח פטור כיון דלא אמר לו מזה השלך ומזה אל תשלך אלא שרוצה אני שבכ"ד אמר לו לזה תפרע ולזה אל תפרע שהרי אמר ראובן לשמעון שאם יבואו הב"ח התוגרמים יתן להם כפי מה שהתנה עמו ואם לאו שיהיו מופקדים בידו ולא יהיה רשאי לתת שום פרוטה לאדם חי מהפקדון הזה וכן הסכים מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' קי"ג שאם אמר פרע לשמעון ולא ללוי ופרע ללוי אע"פ שלוי ג"כ היה נושה אין בשמעו כלום וברור הוא דאין חילוק בין אמר פרע לשמעון ולא ללוי לנ"ד שאמר פרע לתוגרמים ולא לשום אדם חי בעולם שהרי בכלל מה שאמר ולא לשום אדם חי בעולם נכלל שלא יפרע

יפרע לא לאמו ולא לאחר שהיה נושה בו זולת התוגרמים וב"ת הרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות מלוה שאם היה חייב לגוים ולישראלים ואין ספק בידו לפרוע לגוים ולישראלי' שיפרע לישראלי' ולא לגוים וכתב הרשד"ם בחלק ח"מ סי' קפ"ד שאם בני שותפין חייבין לגוים ולישראלי' ורוצים לחלוק והאחד אומר נפרע לגוים ולא לישראל והאחר אומר לפרוע לישראל לתי שאמר לפרוע לישראל שומעין לו ע"כ והכא נמי מאחר שראובן חייב לתוגרמים ולישראלים שמעון פקידו טוב עשה שעשה לפרוע לישראלים ולא לגוים הא לאו מילתא היא דלא כתב הרשד"ם כן אלא בשותפין ששניהם שוים בחוב ויד שניהם שולטת בנכסים אבל בכה"ג שאין לו חלק בנכסים ולא בחובות לאו כל כמיניה לפרוע לישראלים ולא לגוים מאחר שהלוה צוה בפירוש שלתוגרמים יפרע ולא לשום אדם חי גם דין הרמב"ם ז"ל לא שייך הכא שדברי הרמב"ם ז"ל אמורי' כשהלוה בפנינו והנושים [illegible] שיפרעו להם ולא לגוים אבל בנ"ד שהלוה אינו בפנינו והוא צוה לפקיד שלו שלא יפרע כי אם לתוגרמים ולא לאחרים והפקיד פשע ופרע לישראלים שלא מדעתו חייב לשלם כמו שהסכים מהר"ם אלשי"ך ז"ל בסי' הנז' ואם הפקיד היה רוצה שלא יתפרעו כי אם לישראלים היה עושה באופן אחר שלא לפרוע לתוגרמים ולהמתין עד שיבא ראובן וימסור לו הנכסים אבל שיפרע הוא לישראלים אחר שצוה לו הלוה שלא ליתן לשום אדם כי אם לתוגרמים פושע הוי וחייב לשלם

ועוד אני אומר דלא כתב הרמב"ם ז"ל דיפרע לישראלים ולא לגוים אלא כשאין לו הפסד בפרעון כי בשוויין שלוקח הגוי לוקח הישראל אבל אם הגוים נוטלין הנכסים ביותר ממה שלוקח הישראל בהא ודאי לא דבר הרמב"ם ז"ל שיפסיד הישראל (הגה"ה עיין מ"ש בזה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ק"א בהגהת הטור אות כ"ה כ"ו ע"כ הגה"ה) וכיון שזכינו לדין זה אמור מעתה שאם שמעון פקיד ראובן היה פורע לישראלים בערך מה שצוה לו ראובן היה מקום לומר מה שעשה עשוי אבל כיון שהוא פרע לישראלים בערך פחות מה שצוה ראובן פושע הוי וחייב לשלם שאפי' זה פורע לתוגרמים והיה נותן הסחורה פחות ממה שצוה ראובן פושע הוי וחייב לשלם המותר

העולה מכל זה ששמעון הפקיד ששינה מדעת משלחו ופרע לישראלים ולא לישמעאלים פושע הוי וחייב לשלם אלא שיש לברר שאם ראובן מודה בחובות שפרע שמעון בשבילו חייב לשלם הסך הנמשך לו והוא ההפרשים בין ערך שמכרם שמעון לערך שצוה לו ראובן ואם ראובן אינו מודה בחובות וטוען פרעתי או להד"ם וישבע על זה חייב לשלם הכל ויובן מזה שאף אם הם מלוה בשטר הוי כחייב מודה וכל זה כשמודה שמעון לדברי ראובן שאם כופר שמעון בדברי ראובן ישבע ויפטר ואף שעבר זמן רב ולא תבע ראובן לשמעון שזה מורה קצת שמחל לו אינה טענה וכמ"ש מהר"ש מטראני ח"ב סי' רכ"א בנדון כזה הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן פ"ז איזמיר להח"ר יצחק אשכנזי נר"ו תמוז התי"ח

שאלה כתב יד בקנין והיו חתומים בו עדים יורינו מורינו אם גובין בשטר זה משעבדי או לא ושכמ"ה

תשובה אע"ג דמדברי רבינו ירוחם נכ"ו ח"ו שהביא הרב ז"ל בחלק ח"מ סי' ס"ט מחודשין ב' יש לדקדק שאין גובין משעבדי מדכתב אינו נאמן לו' פרעתי דמשמע דוקא לענין פרעתי אינו נאמן אבל לגבו' משעבדי נאמן וכמו שדקדק הרב ז"ל בסי' כ"א ס"א מדברי הרמב"ם פ"ר מ"הע כבר מסיק גם הרב דלאו דוקא ולכל מילי הוי כשטר ועוד התם שאני דכיון דכלל ואחר מצטרכין לגבות הלוה בשטר למה חזר ואמר ואינו יכול לומר פרעתי אלא ודאי מוכרחי' אנו לו' אין בכלל שהם כשטר' אבל כאן שלא כי דהאי שהלוה בשטר אע"פי שאמר אינו יכול לומר פרעתי לאו דוקא דכוונתו לומר אין לו דין כ"י שיכול לומר פרעתי וה"ה דגבי משעבדי וכן יש להוכי' ממה שדקדק הרב מדברי הרמב"ם וכתב משמע הא אם יש לו עדים דינו כשטר גמור כו' ולשון שטר גמור אף משעבדי גמור וכן יש להוכיח מדברי רש"י ז"ל בפ"ב דכתובות שכתב ומשעבדי לא גבי דלית ליה קלא לדבר שאינו עשוי בעדים כו' משמע דאי עשוי בעדים גבי משעבדי והרב ז"ל שכתב בספרו הקצר אינו נאמן לומר פרעתי לאו דוקא ותפס בלשונו כדברי רבינו ירוחם ז"ל

ואע"פי שמהר"י אדרבי ז"ל בסי' ק' מסיק דהוי כשטר לענין שאינו נאמן לומר פרעתי אבל לגבות משעבדי דאין דינו כשטר לא כתב כן אלא לפי הגהו' אשירי בפרק ז"ב ואפילו לפי דברי ההגהות דוקא בנדון דידיה דלא היה שם קנין אבל אם יש שם קנין גובה משעבדי והרשד"ם בחלק ח"מ סי' ל' כתב אני אומר שאפילו שנאמר שהשטר זה דין שטר גמור יש לו לענין לגבות משעבדי הכי' הכי השביעית משמטת כו' ואפילו אם נאמר דלא פסיקא ליה אם גובה משעבדי היינו דוקא בנדון דידיה דלא היה שם קנין אבל בקנין לכ"ע גבי משעבדי והשתא דאתית להכי אמר מעתה שמה שתפשו רבינו ירוחם ז"ל בנתיב הנזכר והרב ז"ל בספר הקצר בלשונם אינו נאמן לומר פרעתי אפי' תימא דבאו למעוטי שלא יגבה משעבדי היינו מכי שאין שם קנין אבל בקנין כנדון דידן לכ"ע גבי משעבדי

אמנם מדברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ס"ט מוכח דאפי' בלא קנין גבי משעבדי וכמו שדקדקתי מדבריו ז"ל ושוב ראיתי שנדון רבינו ירוחם ז"ל לא דמי לנדון מהרשד"ם ומהר"י אדרבי ז"ל דנדון הרבנים הנז' מיירי שהעדים חתמו מעצמם בלי ציווי הלוה ואם חתמו מעצמם יש לו דין הלוה על פה אבל רבינו ירוחם ז"ל מיירי בשהחתים הלוה העדים ובהא אפילו שאין שם קנין כולי עלמא מודו לגבי משעבדי וכן מצאתי להרב מהר"ר עזריא פיג'ון ז"ל בספר גדולי תרומה בדף ע"ה ועיין מה שהוקשה לו בדברי הרב ז"ל בב"י סי' ס"ט

ומכלל האמור נתבאר דכת' יד שחתומים עליו עדים אם יש בו קנין אע"פי שהעדים חתמו מעצמם בלי ציווי הלוה דין שטר גמור יש לו לגבות מן המשועבדין ואם אין בו קנין אם העדים חתמו בידיעת הלוה גובה גם כן משעבדי וכל שכן אם יש בו קנין ולא חתמו מעצמם אלא בידיעת הלוה ועיין בתשובת הרב מהר"ם מינץ ז"ל סי' ע"ט הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן פ"ח איזמיר תמוז התכ"ה להח"ר ברוך אשכנזי נר"ו

שאלה ראובן ושמעון אחים היה להם חצר בשותפו' שנפל להם בירושה מאביהם וגם דרים בו ושאר הבתים שבחצר הנז' כיון משכירים אותם וחולקים דמי השכירות ביניהם חלק כחלק ונפטר ראובן ואחי לרבנן ולכל ישראל שבק ולא השאיר אחריו יורש לא בן ולא בת והוציא יהודה

יהודה שטר מתנה מראובן שנתן לו חלקו בחצר ורוצה להחזיק במתנה מחמת השטר ויורשי ראובן טוענין השטר מתנה זו יש יותר מל' שנים וראובן הנותן היה דר בחצירו ובטירותיו כמלקדמין עד יום מותו היה אוכל פי' החצר ודמי השכירות מה שמגיע לחלקו היה נוטל כשאר אבונה. בלי פחת ובלי מגרעת ולמה לא היה מוחה בידו יהודה המקבל בחיים חייתו והמתין עד יום מותו ואף אם נאמר שטר מתנה זו אמת איכא למיחש שמא חזר הנותן ולקחה מהמקבל והבא מחמת ירושה אין צריך טענה ויהודה טוען שהמתנה היא מהיום ולאחר מיתה ולכן היה אוכל פירות הנותן ועוד טוען יהודה שעשה לו שטר הטבה לראובן שכל ימי חייו יהיה הוא הנושא והנותן אלא שהשטר יוצא מתחת יד יהודה יורינו מורינו אם טענינן לשמעון יורש ראובן שאחר המתנה חזר ראובן וקנאה מיהודה או שיהודה חזר ונתנה לו מאחר שהחזיק שני חזקה ושכמ"ה

תשובה אם מתנה זו היא מעכשיו ולאחר מיתה גופא מהיום ופירי לאחר מיתה אף אם עברו יותר משני חזקה ואין ליהודה שטר הטבה אין יורשי ראובן יכולין לטעון ליהודה שמא חזר ולקחה ממך כיון דאין אכילת הפירות ראיה לשני חזקה דחזקה מכח מחאה קא אתיא והיינו כשהיה יכול למחות ולא מחה אבל הכא שלא נתן לו הפירות אלא לאחר מיתה לא היה יכול למחות דמדידיה הוה קא אכיל ולכן אם אין ליורשי ראובן שטר או עדים שחזר וקנאה מיהודה או שנתנה לו במתנה זכה יהודה במתנה מחמת השטר אבל אני ראיתי שטר המתנה ואין בו צד שיוכל להתפרש שהיה מתנה מעכשיו ולאחר מיתה ומדברי השואל עצמו כן מוכח בבירור שטען שהיה לו ליהודה שטר הטבה שכתב לראובן הנותן שכל ימי חייו יהיה הוא הנושא והנותן אלא שהשטר יוצא מתחת יהודה ואם שטר המתנה היה במעכשיו ולאחר מיתה מה צורך לעשות שטר הטבה זו שיהיה ראובן הנושא והנותן בחיים חייתו אעיקרא דדינא אין ליהודה חלק ונחלה בפירות המתנה עד שימות ראובן אלא ודאי שהמתנה לא היתה מעכשיו ולאחר מיתה ודברי השואל סתרי אהדדי לא ידענא מה אידון בזה ואבא היום על מה ששאל החכם השואל אי טענינן ליורשי ראובן שחזר וקנאה מיהודה ודאי כיון שהמתנה מוחלטת ואינה מעכשיו ולאחר מיתה ועברו שני חזקה שהיה ראובן אוכל פירות טענינן ליורשי ראובן שחזר ולקחה מיהודה וכבר נשאל הרא"ש ז"ל בכלל כ"ח סי' ח' ילמדנו רבינו ראובן היה לו בתים רבים בעיר הזאת שהיו מקבלין מהם בכל שנה הפקידין שלו בשכירו ואחר מותו בא הנה בנו של שמעון ואמר שהבתים האלו שנקראין בשם ראובן שהם של שמעון אביו שנתנ' לו במתנה ראו' היום יש עשרי' ושמנה שנים ויש לו בהם שטר מתנה מקויים בחותמיו כו' יודיענו רבינו היאך תתברר חזקה מועלת באלו הבתים של השכירות ובבתים שהיו דרים בהם קרוביו כו' והשיב הרב תשובה כיון שהבתים היו בחזקת ראובן אחר המתנה ג"ש טוענין ליורשים כל מה דהוה מצי איהו למטען ואי הוה קיים הוה טען אחר שנתתים לך חזרתי ולקחתים ממך הא מילתא טענינן ליורשיו והבא מחמת ירושה אין צריך טענה הא ראיה בעי והראיה היא שיביאו עדים שאביהם היה מכניס ומוציא בהם דיורים כו' ג' שנים אחר זמן המתנה כו' וכן אם יעידו הפקידים שמנה ראובן על הבתים להכניס ולהוציא דיורים שעמדו הבתים בחזקת ראובן ג"ש אחר זמן המתנה יספיק ועוד הרי כתבת והנה דבר זה ידוע וברור כמו שאמרנו שהבתים היו בחזקת ראובן כל ימי חייו ואחר

פטירתו בחזקת יורשיו מבלי מערער ע"כ ואחר הדברים האלה לא ידעתי על מה הוצרכת לשאול על ברירת החזקה אין לך חזקה יותר מבוררת מת"ש כו' ע"כ הנה נדון הרב ממש כנדון שלנו ופסק הרב דטענינן ליורשי ראובן שאחר שנתנם במתנה חזר ולקחה מהמקבל כיון שדר בה ג"ש אף כאן טענינן ליורשי ראובן שמורישם חזר ולקחה מיהודה והחזיק בהם שני חזקה גם הרשב"א ז"ל בתשובותיו ח"א סי' תת"פ הביאה הרב ז"ל בח"מ סי' ק"מ מחודשין א' כתב אפילו החזיק הנותן ג"ש בחצר לאחר המתנה אינו נאמן לו' ט"ש הוא במגו דאי בעי אמר תחלה חזרתי ולקחתי ממך ת"מ עכשיו שטוען ט"ש הוא אין זה אלא כמכחיש את העדים וקי"ל דמגו במקום עדים לא אמרינן ע"כ טעמא דאינו נאמן משום דהוי מגו במקום עדים הא בדוכתא דלא שייך לומר מגו במקום עדים אם החזיק הנותן ג"ש אחר המתנה מצי לטעון חזרתי ולקחתי ממך וכדברי הרא"ש ז"ל וברור הוא דבנדון שלנו לא הוי מגו במקום עדים דאינו מכחיש דהמתנה מתנה כעדות העדים אלא שחוזר וטוען שלקחה ממנו וכ"כ הרשד"ם בחלק ח"מ סי' רמ"ט וכן מתברר מדברי מהר"א ששון ז"ל סי' ק"ו והרא"ב ז"ל סי' קמ"ז ומהרמ"א ז"ל סי' כ"ח כמו שאבאר בס"ד

ומ"ש בשם החכם השלם מהר"א לפפא נר"ו שבנ"ד אינו נאמן לומר היורש שמא אביו או אחיו חזר ולקחו מפני שיורש ראובן כשהלך למגנאשיא אמר לו החכם השלם הנז' שמא חזר אחיך וקנאה מיהודה והשיב היורש מאין בא ממון לאחי לקנותה וכיון שהיורש עצמו מודה שלא קנאה אחיו איך נטעון אנחנו בו בטענה שמחילת מכ"ת הא בורכא מכמה טעמי חדא דהחכם השלם הנז' עדיין לא היה מקובל לדון בזה וכיון שכן אינו אלא כע"א והיה יכול יורש ראובן להכחישו ולישבע על זה אף עתה שטוען השבתי שהחכם הנז' שאל לי בהפך אולי יהודה קנאה מאחיך ועל זה השבתי לו שמאין היה לו מעות לקנותה וכונתי שאין היה מעות ליהודה כמו שהבנתי שכך היא שאלתו נאמן במגו דאי הוה בעי הוה מכחיש ליה ואו"ל להד"ם ועוד אפילו נאמין לזה נאמינהו על חלקו לא על חלק שאר היורשים וכ"מ להרא"ש ז"ל שסובר דאם אחד מהיורשים אומר לי נוה שהשטר פרוע ואחרים אומרים לא פקדנו אבא שאפילו היה השטר ביד זה שטוען פרוע אינו נאמן להפסיד חלק שאר היורשים ואפילו יש לו מגו וכמ"ש הרב בעל הטורים ח"מ סי' ק"ח סעיף י"ד אלא אפילו לדעת הרב בעל התרומות בשער י"ד והובא גם בסי"ג שכתב שאם השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע הפסידו כולם בנדון שלנו לא הפסידו דהתם מטעם מגו נאמן להפסיד גם חלק האחרים במגו דאם היה שורפו אבל כאן בנדון שלנו דליכא מגו לכ"ע אינו נאמן להפסיד חלקו וזה ברור כ"ש וק"ו דאפילו חלקו אינו מפסיד בזה דבשלמא אם היה אומר אמר לי אחי שלא קנאה מיהודה יש מקום לומר שיש כאן הודאת בעל הדבר ואיך נטעון אנחנו מה שהוא הודה בהפך אבל כיון דהיורש לא אמר אלא מאין לו מעות לקנות אמרי' שהיורש הזה שפט כן בדעתו וטעה דמנ"ל שאביו לא לקח בהלואה או קנאה בהקפה אפשר היא והוא לא ידע ולא אמר כן אלא מאומד הדעת וכיון שלא אמר כן אלא מאומד הדעת יכול לטעון יורש ראובן לא מפני שאמרתי כך מאומד השערתי דינא ומאי דמצינן למיטען

ויראה לי דמות ראיה מת"ש בעה"ת בשער י"ד והביאו הרב בעל הטורים ז"ל בסימן ק"ח והזכרתיו למעלה אם אמר אחד מהיורשים לי נוה אבא שטר זה פרוע כו' ואמאי נקט דינו בכה"ג ולא נקט הכי ידוע שהשטר

בשטר זה פרוע אלא שהדברים ברורים שאם היה אומר כן אפי׳ על חלקו לא היה נאמן אם היה חוזר בו ולא היה עומד בדבורו דכיון דלא אמר כן בשם אביו אמרינן מתוך שאומד קאמר וטועה בדעתו ויכול לחזור ולתבוע אף חלקו כאומרו שהבתי שזה פרוע אבל האמת שאינו פרוע ולכן נקט דינו בזאי גוונא דשוב היא נאמן לומר פרוע כיון שאמר כן בשם אביו

ושוב זיכני ה׳ ומצאתי הדין כמ״ש גרסינן בכתובות פרק הכותב דף פ״ו ע״א אמר רבי זירא לא שנו שאמרו יתומים אמר לנו אבא לויתי ופרעתי אבל אמרו אמר לנו אבא לא לויתי נפרעין שלא בשבועה שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ע״כ ולשון הזה הביאוהו הרי״ף והרא״ש ז״ל והרמב״ם בפי״ז מה״מ ובעל התרומות שער י״ד ח״ב והרב בעל הטורים ז״ל בח״מ סימן ק״ח סעיף ל״ג ורבינו ירוחם ז״ל במשרים נכ״ו ח״ג והרב ז״ל בספר הקצר סט״ו

ואיכא למידק על הרב ז״ל בב״י סימן ק״ח שכתב כן בשם ס״ה שער י״ד למהודש שזה תלמוד הוא כמ״ש וכתבו הרמב״ם והרי״ף והרא״ש והרב בעל הטורים ז״ל ורבינו ירוחם גם להר״ב המפה ראיתי שאע״פי שהרב ז״ל בספר הקצר סט״ו העתיק דברי הרב בעל הטורים ז״ל שבסעיף ל״ג הגיה דין דבעל התרומות בס״א ומתוך דבריו הבנתי דשניא הא מהא שדברי הרב בשל״ג הם במלוה בשטר ודברי הרב בעל התרומות שהעתיק הרב ז״ל למחודש הם במלוה על פה ובאו עדים שלוה ואפשר דאיכא חידושא במלוה ע״פ ובעדים תמלוה בשטר לכשהיתומים הם קטנים דאע״ג דקי״ל דאין מקבלין עדות בפני קטן דהוי כמקבל שלא בפניו הכא שאני כיון שהם טוענים בריא בשם אביהם שלא לוה מעולם הו״ל כגזילה דמקבלין עדים אפי׳ ביתומים קטנים כמ״ש בע״הת בשער י״ד ח״א והרב בעל הטורים בסימן ק״י סט״ו וזה שלא כמ״ש בספר כנה״ג חלק ח״מ סימן ק״ח בהגהת הטור אות ק׳ ואע״פ שהרב בעל התרומות לא הזכיר עדים בדבריו ס״ל לרב ב״י ז״ל ולבעל המפה ז״ל דמדכתב הרב בעל התרומות אחר דין זה אבל במלוה ע״פ שלא על ענין זה אינו גובה כלום משמע דבענין זה אפילו במלוה ע״פ גובה מהם דליכא למימר דמ״ש הרב ז״ל למחודש הוא משום חדושא דיתומים קטנים שא״כ על מ״ש הטור דין זה בשל״ג היה יכול הרב לומר ומדברי הבע״הת כו׳ דאפילו ביתומים קטנים ולא לכתבו דין מחודש בפני עצמו במקום אחר

והוי יודע שלשון הרב בעל המפה ז״ל שכתב מיהו אם טענו היתומים לא לוה אבינו מעולם הוי כאלו אמרו לא נפרע החוב כו׳ אינו מכוון דמשמע דאע״פ שלא אמרו אמר לנו אבא שלא לוה אלא הם מעצמם אמרו לא לוה אבינו מעולם חייבים לשלם והא ליתא אלא דוקא כשא׳ אמר לנו אבינו שלא לוה מעולם כמו שהוא לשון התלמוד ולשון הפוסקים שהזכרתי וכן הוא לשון בע״הת בעצמו שמשם לקחו הרב בעל המפה אבל אם הם אמרו לא לוה אבינו מעולם אם לא אמרו שמשעת ההלואה עד שעת מיתה לא זוה ידינו מתוך ידו לאו טענת בריא מקרי אלא באמרנא קאמר לא לוה אבינו מעולם יכולין אח״כ לטעון היתומים או הב״ד בשבילם שמא פרע במלוה ע״פ ולהכרי׳ שבועה למלוה כמלוה בשטר

ומ״ש בספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן ק״ח בהגהת הטור אות מ״ח בשם תשובת הרשב״א ז״ל דכשהיורש טוען בריא אין טוענין לו ב״ד היינו דוקא בטענת בריא שגדון דידי׳ או בטוען א״לנו אבא שלא לוה מעול׳ אבל בטוען

לא לוה אבינו מעולם מחמת אומדנא קאמרי וטוענין להו וכן מצאתי לשמ״ע כתב בסימן ק״ח א״ת מ״ט דהיינו דוקא כשטוענין יורשי הלוה בבירור דא״ל א״יהם הלוה שלא לוה כמ״ש הטור והמחבר בסימן ע״ה דטענ׳ בריא שלהם מה שבני׳ כאלו טעט כן במילי דעלמא ע״כ ובסימן הנז׳ אות ה׳ כתב אבל אם אין טוענין כן בודאי ככר נתבאר בטור זה דהיורשים והאשטורפושי׳יכולין לטעון מה שירצו ויכולין לחזור הטענה לטענה ע״כ וכ״ש בנדון שלפנינו דמ״ש מאין הי״ל מעות דאמדנא קאמר דודאי אנן טענינן ליה שהא חזר וקנאה וזה ברור כ״ש שכבר כתבתי למעל׳ דכיון דהיורש היה יכול להכחיש לדיין מפני שכשאמר דברים אלו לדיין לא היה הדיין מקובל עליו לדיין והוי כמי שאמר חוץ לב״ד דאיכא למ״ד דאפי׳הודאת בע״ד להודתו כל שהוא חוץ לב״ד חוזר וטוען ואע״פ שהוא מחלוקת היורש הוא המוחזק וכיון שאם הכחיש אותו נאמן בשבועה אף עתה שהומר שושב שאמר לו אם המקבל חזר ולקחה מהנותן במעות ונתן טעם לדבריו שבשביל שאמר לו הדיין שהבית הוא של היורש מחמת שהחזיק המורים ג״ש השב שהדיין הקר אם המקבל חזר וקנאה מהנותן שלפי זה דל מהכא טענת המתנה מחמת הקניא היא מהמקבל ועל זה השיב דאין לו תמון לקנותה כלומר למקבל ולא יהא אלא רכוש׳ וכשאמר דברים אלו כבר היה מקובל עליו לדיין כבר כתבו הרשד״ם ז״ל בחלק ח״מ סימן ט׳ ומהרש״ך ח״א סימן ע״ו כתבתי דבריהם בספר כנסת הגדולה סימן כ״ג בהגהת הטור אות ט״ו דבע״ד שמכחיש לדיין ואומר שלא טען אלו הטענות שבשבילן הוא מחייבו אם הדיין אינו אלא אחד יכול להשמט ממנו ע״כ

מעתה אפילו לא יכחיש היורש לדיין מכל וכל שלא אמר דברים אלו אלא שיטעון שחשב שאמר כן נאמן בשבועתו מגו דאי בעי אמר לדיין שלהד״מ ואע״ג דהוי מגו דהעזה ומגו דהעזה לא אמרינן מגדולי הפוסקי׳ אחרונים וקדמונים סוברים דמגו דהעזה בשבועה אמרינן ואע״ג דיש חולקים כמ״ש בספר הנז׳ סימן פ״ב בהגהת הטור בכללי המגו אות קל״א הא מיהא פלוגתא מיהא הוי והיורש הוא המוחזק

איברא דבזה יש לגדות נרגא דכיון דהוי מחלוקת מגו במקום מחלוקת לא אמרינן כמ״ש בספר הנז׳ סימן הנז׳ דמגו דאי בעי אמר טענה שהיא מחלוקת לא אמרינן האמנם מהטענ׳ האחרת שכיון שלא אמר כן בבריא אלא מחמ׳ האומד טענינן ליה דשמא קנאם וזכה היורש כהלכה שלא מצרים ומהר״א לפאפה נר״ו כד נייס ושכיב אמרה וכיון שזכינו לדין זה אמר מעתה שאם אין שטר הטבה ליהודה שהטיב עם ראובן שיאכל הפירות כל ימי חייו או שיגא הוא הנותן מעמידין הקרקע בחזקת היורשים מחמת שטענינן ליה שחזר וקנאם מהנותן אבל אם יש שטר הטבה אפי׳ הוא יוצא התחת יהודה אין טוענין כן ליורשי ראובן דאדרבא שטר הטבה זה צריך שיהיה ביד יהודה ולא ביד ראובן שאם יתנהו ביד ראובן שמא יכבוש שטר ההטבה ואחר שהחזיק ג״ש יטעון שחזר וקנאה והיה נאמן מכני שהחזיק שני חזקה ואע״ג דגם ראובן היה לו לקחת גם כן שטר הטבה שמא יכבוש יהודה שטר ההטבה ויצליך לראובן מהנית אפי׳ בחיים חייתו לא תמכי זה יפסיד ראובן זכותו דאם איהו לא חש על זה ולא לקח שטר אחר בידו להיות לו לראיה שהטיב עמו איהו דאפסיד אנפיה ועוד מי יימר שלא הי״ל גם כן לראובן שטר ההטבה והיורשים כובשים אותו כדי לזכות בטענה שמא חזר הורישנו ולקחה והחזיק שני חזקה

ואלא מיהו ראיתי למהרש"ח ז"ל בתשובה סי' כ"ח נשאל על ראובן שמכר לשמעון קרקע בשלט ושמעון כתב שטר הטבה לראובן שכל זמן שיחזיר לו מעותיו מחוייב לתת לו הקרקע וקרקע זו החזיק בו לוי כמה שנים והורישו' לבנו והחזיק גם הוא כמה שנים אח"כ בא ראובן ומערער על לוי שקרקע זה שלו שהוא מכרו לשמעון בשטר שיחזירנו לו כל זמן שאחזור לו מעותיו ויורש לוי טוען איני יודע כלום רק כן ירשתי מאבא והשיב הרב ז"ל דטענינן ליורש לוי שחזר ראובן ולקח הקרקע משמעון ומכרה ללוי אבי היורש הזה ואע"פ שבשטר התנאי קיים לא שייך לומר שצריך ביד מאי בעי וכמו שהאריך ע"ש וכתב גם דכיון דהחזיק לוי כמה שנים זכה בקרקע הואיל ולא מחה בעל הקרקע בפני שני עדים ואמר דעו כי קרקע שיש ביד פ' לזמן הוא בידו שכל זמן שאחזור ואתן לו המעות יחזור הקרקע לידי והביא ראיה מן התלמוד שמחאה כזאת הוי מחאה אלא שבסוף דבריו פקפק על זה מטעם דצריך היורש להביא ראיה איך החזיר ראובן לשמעון המעות

ולכאורה היה נראה דאף בנ"ד אף שיש בידו שטר הטבה טענינן ליתמי ליורשי ראובן שחזר ולקחה מיהודה מלאה שיהיה יהודה ואמר דעו שקרקע זה שמחזיק ראובן הוא שלי אלא מפני שהטבתי עמו שיאכל הפירות כל ימי חייו הן שיהיה הוא הנודא והנותן אין הכי מוחה בו ואף שמהרש"ח ז"ל גופיה נסתפק בנדון שלו לא נסתפק אלא מפני שבנ"ד כדי שיזכה היורש צריך לטעון שראובן החזיר המעות לשמעון ולקחוה מראובן ועל זה נסתפק שמא צריך היורש להביא ראיה שהחזיר לו המעות אבל בנדון שלנו שאין צורך לטעון שמא החזיר לו המעות אלא שמא חזר ולקחה מיהודה טענינן ליה כן •

אלא דאשיקרא דדינא לא דמי כיון דידן לנדון מהרש"ח ז"ל דהתם שטר התנאי אינו סותר לחזק היורש ואפי' דטענינן החזיר לו המעות ולא הם לקחת השטר מיד מהטענות שכתב הרב ז"ל שם אבל הכא שטר ההטבה סותר לחזקת ראובן דכל עצמו של ראובן אינו בא בטענה וכן יורש שלו אלא מפני שהחזיקו ג' שנים ומהו החזקה שדר בה ונשבה השכירות מהשאר והשטר סותר לחזקה זו שהרי כתוב בשט' שהטיב עמו שיאכל הפירו' כל ימי חייו ועוד דאפי' בנדון מהרש"ח ז"ל חלוק עליו שכנגדו הרב מהר"ר אברהם די בוטון ז"ל כמ"ש גם מהרש"ח ז"ל עצמו שכתב שרבו הנז' כתב דמחאה כזו לא הויא מחאה שלא הוזכר בתלמוד ענין מחאה כזאת וכן ראיתי להרב ז"ל בתשובותיו סימן קמ"ז כתב שפשוט בעיניו שאין זו מחאה וכתב שלא הוצרך לכתוב זה אלא מפני שראה חכם שנתלה בטענה זו ולא כראו דבריו בעיניו• ואותו חכם הוא מהרש"ח ז"ל

וגם ראיתי למהר"ח שבון ז"ל בסימן ק"ז נשאל על הנדון שנשאל מהרש"ח וצדד לומר דזכה היורש מטעם דלא מחה בעל הקרקע ולבסוף נראה דעתו נוטה דלא שייך כאן מחאה וכמ"ש בספר כנה"ג חלק ח"מ סימן קמ"ו בהגהת הטור אות ז' ומכאן תראה שמ"ש בספר הנז' סימן קנ"ג בהגהת הטור אות כ"ד בסופו וז"ל גם ומדברי מהר"ח שבון ז"ל סימן ק"ז נראה דטענינן ליורש שראובן החזיר המעות לשמעון ומכרה ללוי ע"כ כוונתו לומר שבזה חולק מהר"ח שבון על מהרש"ח ז"ל במה שנסתפק אי טענינן ליורש שהחזיר המעות וכ"ת במקום שתועיל החזקה אבל בנדון ההוא לא זכה היורש מטעם דאין בידו למחות באופן דאם יש שטר הטבה ביד יהודה לא טענינן ליורשי ראובן שחזר וקנאה אבל אם אין בידו שטר הטבה ביד יהוד' מדברי

כולם נלמוד דטענינן ליורש שמורישו חזר ולקחה מיהודה ומאחר שזכינו לדין זה דזכה יורש ראובן מטע' דטענינן ליה שמא חזר ראובן ולקחה מיהודה במעות לא היה צורך להשיב על מה שאמרת עוד בשם החכם השלם הנז' דלא טענינן ליורש שמא יהודה נתנם לראובן במתנה דמתנה לא שכיחא דאכי'נודה להחכם השלם הנז' בזה טענינן ליורש שמא חזר ולקחה במעות ותוקמינן ארעא בידיה אלא כדי להתלמד במקום אחר אמינא דאף בזו לא נס לקיבחיה וירחה דחיליה מן הדא דגרסינן בפרק הכותב ההוא גברא דאפקיד שב מרגני' ולכיורי בסדינ' בי רבי מיאשא בר בריה דר"י בן לוי שכיב רבי מיאשא ולא פקיד אהו לקמיה דרבי אמי אמר להו חדא דידענא בי רבי מיאשא דלא אמיד ועוד הא קא יהיב סימנא כו' וכתבו התוס' חדא דידענא ברבי מיאשא דלא אמיד אע"ג דאלו רבי מיאשא הוה קיים והוה טעין שלו הוא הוה מהימן דאימור הליאה אשכח הן מתנה כזנו לו מ"מ לא טענינן ליתמי דמילתא דלא שכיחא היא כי היכי דלא טענינן להו נאמנו בסוף המוכר את הבית ע"כ וכן כתב הרא"ש ז"ל בפרק הכותב והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן רצ"ו ורבינו ירוחם ז"ל נמשרים נכ"ו ח"ו ובפרק המוכר את הבית כתבו התוס' דף ע' ע"ב ד"ה מאן דאמר כשבע ונגבה כו' וא"ת אמאי גובה כולו דנטעון ליתמי דנאנסו וי"ל דמילתא דלא שכיחו לא טענינן ליתמי דנאנסו אית להו קלא וא"נ דאבוהון הוה נאמן לומר שנאנסו מיהו לא טענינן להו וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל פ"ו סימן א' והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן ק"ח ס"ו ורבינו ירוחם בנתיב הנז' מזה דן החכם השלם הנז' דלא טענינן ליתמי שמא חזר ונתנו לו במתנה דמתנה לא שכיח ולא הביט דלדבר זה הויא פלוגתא דרבוותא •

דאיברא דכל הני רבוותא שהזכרתי למעלה הכי ס"ל מ"מ יש מגדולי הפוסקים שחולקים על זה הרב ז"ל בב"י סימן ק"ח ס"ו כתב על דברי התוס' ז"ל שכתבו דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי והר"ן כתב שהרי"ף והרמב"ן ז"ל חולקים על זה ואמת הדבר שכן ראיתי להרמב"ן ז"ל בחידושיו לבתרא כתב בשם הרי"ף דטענינן ליתמי נאנסו וכ"כ ג"כ נמקי יוסף בפרק המוכר את הבית וכ"כ הרי"ף זה בפרק המקבל וכ"כ מורי הרב ז"ל בא"ח סימן ע"ב ובחלק ח"מ סימן ק"ד שהרי"ף והרמב"ן ז"ל סוברים דטענינן ליתמי טענת נאנסו והרב"ד ס ז"ל בחלק ח"מ סי' קכ"ח האריך בזה ופיים דהרי"ף. והרמב"ן ז"ל והגאונים והרשב"א והרא"ה ז"ל ס"ל דטענינן ליתומי נאנסו אע"ג דלא שכיחא וכתב בעל משפט צדק ח"ב סימן מ"ו דכיון דרוב בנין ורוב מנין עומדים בסברא זו ראוי לפסוק כמותם ע"כ ומאחר דקי"ל דטענינן ליתמי נאנסו ה"ה דטענינן להו דמתנה הוו שהרי התוס' ז"ל תלו מציאה ומתנה בפרק הכותב דכי היכי דנאנסו לא טענינן ה"ה מציאה ומתנה מינה דאי טענינן נאנסו אף מציאה ומתנה טענינן

הן אמת שכתב מורי הרב ז"ל בא"ח סימן ע"ב דהרי"ף והרמב"ן אינן חולקין בכלל דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי אלא דס"ל דנאנסו שכיח ולפי זה ירצה האומר לומר דאפי' למ"ד דטענינן טענת נאנסו טענת מתנה לא טענינן להו דלא שכיח וליתא דלא גרע מתנה מנאנסו ואי טענינן נאנסו ה"ה מתנה ואי לא טענינן נאנסו ה"ה מתנה וכמו שנראה מדברי התוס' ולדברי מורי הרב דנאנסו שכיח לדעת הרי"ף ה"ה מציאה ומתנה שכיח וטענינן להו

ותו

וזה דבמתנה ומציאה גופה מצינו חולקים על דברי התו' דלא. הוצרכו התו' לומר דמתנה ומציאה לא שכיח ולא טענינן ליתמי אלא משום דקשיא להו כשוביא דהכי קידושין חזי לא טענינן ליתמי דילמא רבי מאשא מציאה אשכח או נתנו לו במתנה וכן בההיא דשטר כיס דפרק המוכר את הבית למ"ד נשבע ונוטל כולו ליתא אמאי לא טענינן לאחלה דפקדון דהאמנו והוצרכו לומר דנאמנו ומציאה ומתנה לא שכיחי ולא טענינן ליתמי וראינו בספר המאור בפרק המוכר את הבית הביא תירוצים אחרים בזה יש שתירצו דלא טענינן ליתמי נאמנו משום דא"כ ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם משום דס"ל להנך מתרצין דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אפילו ביורשי' ויש שתירצו דלא טענינן ליתמי נאמנו משום דה"ל טענה שאין המלוה יודעה ויש שהעמיד שמועה זו ביתומים גדולים ובאים בטענת עצמם והני והאי דמתרצי הכי ס"ל דטענינן ליתמי נאמנו ואפי' נדחוק ונאמר דנהי דטענינן להו טענת נאמנו במתנה ומציאה לא טענינן לה מה שאינו כמו שהוכחתי למעלה

הנה בפרק הכותב גבי שוביא דרבי מיאשא כתב הר"ן ז"ל איכא מ"ד דהני תרי טעמי צריכי להדדי דאי משום דלא אמיד בלבד לא מפקינן מיניה דחיישינן דילמא רבי מיאשא לא הוה מפרסם נפשיה א"נ מציאה אשכח כדאמרינן בפרק הניזקין כו' הרי דס"ל דאיכא מ"ד דנזי לאו דקא יהיב שיתא כמי הוה טענינן ליתמי דילמא מציאה אשכח וכ"ש שמא במתנה נתנוהו לו דטפי שכיח מתנה ממציאה וכן במרדכי בפרק הכותב כתוב וקשה שמא מכרו לאדם אחר ואותו נתנו לו לשמור וי"ל כפי' הר"ס ז"ל דהכא מיירי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וגם אינן עשויין ליתכר הילכך לא מצי למימר לקחתי כו' ע"כ ונראה כיון דהאי דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אינו נאמן לו' במתנה נתנם לי דאל"כ כהי דאינו נאמן לומר לקוח הוא בידי יהא נאמן לומר במתנה יהבם לי ויהא נאמן ג"כ לומר לקוח הוא בידי במגו דבמתנה נתנם לי

והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן קל"ג כתב כתב הרמב"ם מי שהיו בידו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אע"פ שמודה ואומר אע"פ שאומר איני יודע שהיו שלך אבל פ' מכרם או נתנם לי במתנה אין מוציאין מידו כו' ואיני מבין דבריו דמה יועיל שאמר פ' מכרם או נתנם לי אפילו אם היה אותו פ' לפנינו והיה טוען שהמערער מכרם או נתנם לו לא יהיה נאמן א"כ מה יועיל למחזיק שטוען שפ' מכרם או נתנם לו כו' ע"כ גם מורי הרב ז"ל בח"א סימן ק"ה כתב דאשה דנשארו לה ספרים ידועים אחרי מות בעלה לא גרע מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואינה נאמנת לומר לקוחים הם בידי או במתנה נתנם לי אם לא יש לה מגו ע"כ

מכל זה מבואר דלדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא מצי למיטען במתנה נתנם לי והוא מבואר מעצמו וכמ"ש וכיון דהמרדכי ז"ל מוקי עובדא דרבי מיאשא בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין להוכיח מהך עובדא דמשום דמתנה לא שכיחא לא טענינן ליתמי דמ"ה לא טעני' להו שמא במתנה נתנם לרבי מאשא משום דהוו דברי' העשויים להשאיל ולהשכיר ואפי' הוא עצמו לא היה נאמן לומר במתנה נתנם לי מ"ה לא טענינן ליתמי הא בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר דרבי מיאשא היה נאמן לומר במתנה נתנם לו טענינן ליתמי שמא במתנה נתנוהו למוריש' וכיון דרובא דרבוותא הכי ס"ל דטענינן ליורשים מילתא דלא שכיחא הכי דיינינן וכמ"ש הרד"ך ובעל המשפט צדק בסימן הנז' איברא דהרדב"ז ז"ל בח"א סימן קמ"ח ומהריב"ל ז"ל בס"א סימן כ"ל ומהרש"ך ח"ב סימן רל"ו תפסו כשטת דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי והוא מן התימה וכבר תפש עליהם על מהריב"ל ומהרש"ך הרב משפט צדק ח"א סימן ע"ד ובספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"ח בהגה"ת ב"י אות ט"ו ועיינתי משפט צדק ח"ב סי' נ"ד והוא ע"ש ונ"ל דה"א סי' ע"ד ועוד תפש הר' משפט צדק על מהריב"ל וכבר בשכ' כנסת הגדולה במקום הנז' ובתשובה אחרת סימן ס"ג מהלך הזה הלכתי בעדו יע"ש אבל מה שכך כיון דאיכא פלוגתא מע"ה כמ"ש מהר"א ששון ז"ל בסימן ק"ל בשמו ובשם רב אחר ומורי הרב ז"ל ח"א סימן ע"ב וחלק ח"ה סימן ק"ד ומשפט צדק ח"ב סימן מ"ו וע"ג וכיון שכן הוא הכא בנדון שלנו מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא דהיינו בחזקת יורשי ראובן

והן אמת שראוי להתיישב בזה דאיכתי אמרי' דכל היכא דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא כשיש ספק בעיקר הקניה או בעיקר השכירות או ויקניה או שכירות או אמרינן אוקי ארעא בחזקת מריה דכיון דעיקר הקניה מסופקת מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא וזה שבא להוציא הקרקע מחזקת מריה קמא בקניה זו עליו להביא ראיה שהיא קניה ברורה אבל הנדון דידן שאם אנו באים ליורשי ראובן בטענה שהוא חזר מוריהם וזכה בה במתנה שנתנה לו יהודה היא בהגהה שכבר מכר ראובן הקרקע ליהודה מכירה חלוטה כדין וכהלכה אלא שטוען שחזר יהודה ונתנה לו בכל יש ספק במתנה אוקי ארעא בחזקת מריה יהודה שעכשיו הוא בעל הקרקע וראובן או יורשיו שבאין להוציא הקרקע מחזקתו בכח המתנה עליהם להביא ראיה שהמתנה היא מתנה כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' כ"ט מחודשין י"ג ובסי' מ"ו מחודשין ל"ט על ראובן שהוציא שטר על שמעון איך מכר לו כרם א' והלה טוען כי לא מכרו לו אלא ע"ת שאם יקיימנו המוכר יתבטל המכר והביא עדים כדבריו וכשקנו הברורים שאפילו העידו עידי השטר בפירוש שלא היה שום תנאי במכירה כיון שיש שם עדים שהיה שם תנאי אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי קרקע בחזקת המוכר וכתב הוא ז"ל על זה הנני רואה שדימו דין זה לאותה שאמרו בכתובות ומהימנן ביה תרי ותרי ניכהו ואוקי ארעא בחזקת מריה ואין הדמיון עולה יפה דהאי הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרם שהמוכר החזיקו בכסף ובשטר ובחזקה וכמ"ש בשטר המכירה אלא שהתנה לפי דבריו שאם יתן לו מעותיו תוך זמן פ' יחזור לו השדה שתתבטל המכירה וכיון שהחזיק זה כדין אלא שזה טוען שיש לו להסתלק מחמת התנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת והביא עדים העמד הכרם בחזקת שהוא מוחזק עכשיו ע"כ ונדפסה תשובה זו בתשובות הרשב"א ז"ל ח"ב סי' רכ"ט וכ"כ ג"כ בח"א סימן תתקע"ב וליכא לאקשויי ממ"ש הרב ז"ל בח"ב סימן רמ"ז שאלו היה המקח מתבטל בבטול התנאי על הלוקח להביא ראיה שנתקיים התנאי דהחילוק מבואר דהאי התם שהתנאי נכתב בתוך השטר שע"ת כן מכר ואין כאן מכירה בהלוית אבל בתשובה זו דכרם המכר הוא החלטי בשטר אלא שזה טוען שע"ת והיה ומביא עדים וזה מביא עדים שלא היה שם תנאי בהא מוקמינן ארעא בידה דלוקח ועל דין זה דהרשב"א ז"ל הסכימו כל גדולי האחרונים בספריהם הרד"ס חלק ח"מ סי' רנ"א ור"ם ורמ"ב ורנ"ג ורנ"ד ומהר"י אדרב"י ז"ל סי' שכ"ז

שכ"ו ושם מהר"ס מטולון ומהר"י נאיטאלאק ז"ל ומהר"ש הלוי ז"ל והראנ"ח ח"ב סי' פ"ו ומהר"א ששון ז"ל סי' קנ"ה ומהר"י הלוי ז"ל סי' כ"ט ומהר"י אדרבי ז"ל בסי' רי"א שהיה נראה ש"ן שסבר מכירה החלטית אלא שהמוכר עשה לו שטר שיתן לו כ"כ שכירות מידי שנה בשנה ואחר זמן טוען המוכר שחזר וקנאה מהקונה דהיינו כ"ד ממש והשיב הרב ז"ל שכיון דראובן מודה שמעון ירד שדבות בתורת מכירה החלטית שהרי מביא שטר בידו לומר שנתחייב שמעון לחזור ולמכור חזקתו בסך שני אלפים נמצא שמודה שבשירד שמעון בתוך החזקה כדין ירד וכיון שכן הוא נמצא שהחזקה בחזקת שמעון הקונה והביא ראיה מתשובה זו של הרשב"א ז"ל אף כאן בנ"ד כיון דאפילו לדברי ראובן ויורשיו יהודה כדין ירד בשטר מתנה שבידו עכשיו שטוען שחזר ולקח ממנו במתנה ואיכא פלוגתא דרבוותא אי מהני ליה טענה זו או לא מהני על היורשים להביא ראיה דמהני טענה זו כיון דיהודה הוא המוחזק זה היה נראה לכאורה לספק בנדון הלז

אבל כד מעיינינן שפיר חזינן דבנדון שלנו אף לדברי הרשב"א ז"ל וכל גדולי האחרונים הנמשכים אחריו יורשי ראובן הם המוחזקים ומוקמינן ארעא בידייהו דע"כ לא קאמר הרשב"א ז"ל דהלוקח הוא המוחזק אלא דוקא בנ"ד שכבר יצא הקרקע מיד המוכר ונכנס ביד הלוקח ובשעה שנפל הספק הקרקע מוחזק בו הלוקח אבל בנ"ד שמטולם לא ירד הלוקח בקרקע אלא שעומד בו מריה קמא בהא מודה הרשב"א ז"ל דאוקי ארעא בחזקת מריה קמא כמ"ש הרמ"ך ז"ל בנוסחות סי"א ומהר"א ששון ז"ל בסי' קנ"ה ודקדק כן מהר"א ששון ז"ל מדברי הרשב"א ז"ל ואיברא שבספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ק"מ בהגהת הטור אות י"ב פקפקתי על דקדוק הרב ז"ל ח"ו לא באתי לחלוק על ישיבתו אלא כתבתי שיש לבעל דין לחלוק על דקדוקו להלכה דלמעשה מי יבא אחרי המלכים מהרמ"ך ומהר"א ששון ז"ל ועוד לא מפני שאין הכרח לדקדוקו נחלוק על הרב ז"ל בעיקר הדין חלילה כי הדין דין אמת והיכוקו עמו וכדסמיך ליה הרב מהרמ"ך ז"ל ושמא תאמר לא הוצרך הרשב"א לשיהא הלוקח מוחזק בו אלא דוקא בנדון דידיה שהספק נפל בעת הקניה אבל בנדון שלנו שאין הספק בעת הקניה דלדברי כולם בעת הקניה היתה מכירה החלטית מכל וכל בלי שום תנאי אלא שאח"כ טוען חזרתי ולקחתי אפילו שלא יהיה הלוקח מוחזק בקרקע הלוקח נקרא מריה ארעא הוא ולא נפל הספק אלא בהיותו ביד הקונה וכבר יצא מרשותו הא כמי ליתא דכבר כתב מהר"א ששון בסי' הנז' דלאו דוקא בנדון הרשב"א ז"ל שנפל הספק בעת הקניה צריך שיהיה הלוקח מוחזק אלא שאפילו שבשעת הקניה אין שום ספק אלא שאחר כך טוען המוכר חזרתי ולקחתי אם הקונה אינו מוחזק בבית מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא ע"כ ואע"פי שגם בזה פקפקתי עליו בספר הנז' לא לענין מעשה פקפקתי עליו אלא לענין הלכה ועם זה החילוק שכתבנו דלא כתב הרשב"א ז"ל דהלוקח נקרא מוחזק אלא כשהוא מוחזק בקרקע יצאנו מידי חובת תשובת מהר"ש יפה ז"ל בתשובה כ"י שכתב דבפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת אלא המחזיק בו ידו על העליונה כמ"ש בספר הנז' במקום הנז' אות י"ד דלא כתב הרב ז"ל דלא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת אלא בחזקת הקונה כדי שנאמר דאפילו אין הקרקע ביד הלוקח הוא נקר' מוחזק כך סיים הרב ז"ל אלא המחזיק בו ידו על העליונה ע"כ הא אם אין הלוקח מחזיק בו ידו על התחתונה וכ"ש בנדון שלפנינו דהמחזיק בו עכשיו הוא ראובן ויורשיו אחריו אכתי

כש גבן שנלון היכ מהר"י אדרבי ז"ל בסי' רי"א הוא כנדון דידן ממש שראובן המוכר לא זז מתוך הבית והעליה ואע"פי כן זיכה לקונה מטעם תשובת הרשב"א ז"ל ויראה דאין לחוש לדבריו במקום כל הני רבוואתא שכולם כתבו דינם כשהלוקח מוחזק בקרקע ומהרמ"ך ומהר"א ששון ז"ל כתבוהו בפירוש והכי דייקי דברי הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' מלבד הדקדוק שדקדק מהר"א ששון ז"ל שכתב ואין דמיונם עולה יפה דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד לכרמו כו' מדקאמר ירד לכרמו ולא קאמר לוקח זה בדין קנה הכרם משמע דלא קפיד אלא אירידה בתוכו גם כת' ור"י זה החזיקו בכסף ובשטר ובחזקה כו' ומה לו נדברים אלו אם החזיקו אם לא החזיקו ולא עוד אלא שכתב בכסף ובשטר ובחזקה דקפיד שיהיו שלשתן אלא כיון שהדין תלוי ביה במה שהוא מוחזק עכשיו הוצרך לומר ור"י החזיקו כו' וגם אמר בכסף ובשטר ובחזקה דאם היה מחזיקו בכסף ובשטר ולא בחזקה לא היה נקרא מוחזק כיון דלא היה מוחזק בכרם עוד כתב וכיון שהחזיק זה ר' יצחק כדין לא כתב וכיון דקנה כדין אלא כיון דהחזיק בדין לומר דהכל הולך אחר החזקה דאם לא היה מוחזק מוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא ובהכי ניחא לי על הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' רמ"ט שנשאל על הנדון שנשאל מהר"י אדרבי ז"ל בסי' רי"א וכתב בפשוט שהדין עם המוכר ולכאורה נראה דתשובת הרשב"א ז"ל הוי תיובתיה אלא דשאני דכתיבנא ניחא דכיון דבנ"ד המוכר לא זז מתוך הבית לא דמי לתשובת הרשב"א ז"ל דהקונה היה מוחזק בבתים ונסתייע מתשובת הרשב"א ז"ל בח"ב סימן קפ"ח שהביא הרב ז"ל בב"י סי' ע' מהודאין אות ה' ובסימן ר"ז מהודאין לנ"ד שהיא דומה לנ"ד שלא החזיק הקונ' בקרקע נאוכן שמהר"י אדרבי ז"ל הוא יחיד בדבר הזה ואין המוחזק יכול לומר קים לי כותיה עלה בידינו דאף מן הטענה הזאת דטענינן ליתמי דשמא חזר יהודה ונתנה במתנה ליורשי ראובן זכו יורשי ראובן ומוקמינן ארעא בידייהו דאע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא אי מהני טענה במתנה לגבי יתומים היורשים הם מוחזקים שהם בתוך הקרקע ומהר"א לבנאל ברלה לזכות למקבל מטענה זו העלה חרס בידו

ומה שאמרת עוד בשם החכם השלם הנז' שזיכה למקבל מתנה מפני שבשטר אחת היו תובעין לראובן איזו תביעה והלכו יורשי ראובן ואמרו ליהודה מקבל המתנה שיבא להצטרף עמהם לריב על הקרקע כיון שיש חלק בקרקע ההוא מחמת המתנה א"כ הרי יש כאן הודאה מהיורשים שהמתנה היא של יהודה איני יודע מה טעם לך החכם השלם הנז' שאספת כמה שבושים והזיות ואמרתם בשמו שזה טעות מכורסם מכמה טענות חדא דכיון דראובן היה חי באותה שעה הודאתן של היורשים לא מהני ולא כלום באותה שעה ועוד מי מלל שזה היה אחר עבור שלש שנים מזמן המתנה כדי שנאמר שיש כאן הודאת היורשים דילמא היה זה קודם עבור ג' שנים וכיון שהיה קודם שעברו שלשה שנים יפה אמרו שיבא לריב עמהם שבאותה שעה יש לו חלק עמהם שעדיין לא עברו שלשה שנים לחזקת ראובן והקרקע הוא בחזקת יהודה מחמת שטר המתנה דאם יהודה היה מוחה באותה שעה שראובן היה מחזיק בקרקעו שלא כדין במחאה העולה כדין לא היה הקרקע יוצא מחזקת יהודה עד עבור ג"ש אחרים שלא מחאה ואיסבר שימחה בסוף כל שלש ולא יצא הקרקע מחזקת יהודה ועוד אפי' היה זה אחר עבור שלש שנים ואפילו אחר מיתת ראובן לא מפני זה היו היורשים מפסידין זכותם שאיפשר שהיו טוענין בדין והיו סוברים דשטר המתנה הוא כדין דלאו כ"ע דינא גמירי

גמירי ובפרט האנשים האלו כולם עמי הארץ שאינן יודעין אות אחת שבתורה ואפילו לקרות פסוק אחד כתקנו ובזה הטעות יש שני אופנים איפשר דכיון דלא נקיטי שטר מתנה בידייהו היו חושבין שהיה נעשה כדין וכהלכה ושהיה בו שטר הטבה שאם היו יודעין שלא היה בו שטר הטבה ודאי שידעו שמאחר שחזר והחזיק בו שלש שנים נקנה הקרקע לראובן דאיפשר דאפילו דהוה שטרא בידייהו והיו יודעין דלא היה שטר הטבה ואפילו שהחזיק מורישם שלש שנים אפ"ה היו סוברים דלא יצא הקרקע מחזקת יהודה דלאו כ"ע דינא דהרא"ש והרשב"א ז"ל גמירי וכבר כתבתי בתשו' אחרת מהחלק הזה סי' וכספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ע"ט בהגהת ב"י אות י"ב דנאמן אדם לומר שטעה בדין ומה גם במקום דאיכא רגלים לדבר והכא מה רגלים בדבר יותר מזה שהחכם השלם הנז' מעיד בזה כ"ש עמי הארץ הללו שאינן לא במקרא ולא במשנה ובפרק ח"ה דף מ"א אמרינן רב ענן שקל ניזקיה בארעיה אזל הדר גודא בארעיה דחבריה אתא לקמיה דרב נחמן א"ל זיל הדר א"ל והא אזיל ואתא ונייע בגודא בהדאי מחיל בטעו' היא ולאו הויא מחילה ומכאן כתבו הפוסקים דכל מחילה בטעות שלא הכיר המוחל בטעות אפילו עשה מעשה מחילה בטעות הוא ולא הויא מחילה ואף כאן הויא כמחילה בטעות ועדיף מיניה שחשב שמדין התורה היה שלו ולכך אמר שיבא גם הוא להריב שאם היה יודע שמן הדין אין לו פלוס לא היו אומרים לו שיש לו חלק בקרקע כעובדא דרב ענן וכ"ש דהתם עביד מעשה והכא בדיבורא ועביד איכא דמיקרי ואמר וגדולה מזאת כתב מהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סי' כ"ז על מי שטוען שהכנת מוצאין ומובאין שכתוב בשטר לא עלה בדעתו שיכנס דרך חבירו שאם היה עולה זה בדעתו לא היה זה מתרצה ושותק להזיקו תמיד דהויא מחילה בטעות ולא הויא מחילה וכ"ש בנדון שלפנינו שאם היה עולה בדעתם של יורשים שלא זכה יהודה במתנה לא היו מורים לו שהמתנה שלו לאבד זכותם וזה מן הנגלה

כללן של דברים שזכה יורש ראובן כדין ומוקמינן ארעא בידיה אי משום דכל שלא אמר אבא אמר שלא קנה פלוס ושלא ניתן לו פלוס טענינן להו שמורישם חזר וקנה הקרקע מהמקבל או שהמקבל מתנה חזר ונתנו לו במתנה ומה שאמרו היורשים ליהודה שיבא לריב עמהם שיש לו ג"כ חלק בקרקע אין בזה בית מיחוש להפסיד זכותם וכל מה שטען בזה החכם השלם מהר"א לפפא נר"ו הם טענות בטלות ואין בהם מועיל ומי שחותמו אמת יכחנו בדרך אמת לבל נכשל בדבר הלכה הוא יהיה בכסלנו הנלע"ד כתבתי

הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן פט

אזמיר תמוז התי"ח לידיד נפשי הח"ר נסים אשאטו נר"ו

שאלה שמעון הוציא כתב יד לוי וזה נוסחו אאי זה ראובן קון מכוון די לייב'אר אאי שו קאזה איג'אכרושי אין מאנו דיל ש"ת פרימירה מינטה אי דישפואיש די וואישטרה מירסי'קי די קונטינו פיו ולבו שויס לספר תהלתכם על כל מה שהגדילו חסדם עמו איל קואל דיטו ראובן טינייאו הברח די מיל או מיל אי דושייגטוש גרוש'יש ואישטראש מירסידיש לו פ'אורישיראן אין בוש'קארשילוש אי ואירשי דימי פארה קי שי אפרוב'יג'י אין איזטי ויאז'י אי קואנ"ו פורנארה אקי פארה לייב'אר סו קאזה כו שיאה בידיס ריקניות ע"כ ועפ"י הכתב הזה הלוה שמעון לראובן הסך שכתב לו לוי ויותר מהמה ניהי היום לקח ראובן בהקפה עד ז' אלפים גרוש'יש דבגדים והמוכרי' לא רצו להאמין לראו' כי אם בערבו' שמעון או גילה גילה ראובן אזן לוי שבקושט' שיבטיחו את שמעון על זה שיעשה ערב בעבורו וכתב לוי לשמעון אישטה שירוירה סירקה איל טראשו די לונדראש כ"ד קי שמעתי הירקו אאי ראובן פור פירשיין קרוב לשכר קון פ'אור די מעכ"ת יהי' תשכורת'ש לימה מעם ה' וואת מאיתי אויינדו מיניסטיר אאי ראובן פארה דישו טראטו סומה די דוש מיל גרוש'יש מ"ת בוש מירסידיש שילוש טש'קארשן אישי ואלירשן דימי פשאדרי סונואאל מיכטי בע"ה עכ"ל או עפ"י כתב לוי נעשה ערב שמעון עבור ראובן בעד כל דמי הבגדים הנז' שלקחם בהקפה בעד שבה חדשים וגילה שמעון אזן לוי הנז' לאמר כי עפ"י כתבו הנז' עשה מעשה הערבות הנז' ואחר עבור שנות ימים אח לראובן בקושט' אשר לידו היה שולח כל הסחורות הנז' ובראותו כי לא היה אחיו שולח לו מעות מספיקות לפרוע פרעות כדי הספק וילך הוא וישב שם ה' חדשים ולא פרע כי אם מעט מוער מאד ועד עתה יורינו מורינו אם יכול שמעון לגבות מלוי סך הג' אלפים ומאתי' גרוש'יש הנז' משלם כי עדיין נותרו החוב הנז' ביד ראובן ושכרו מן השמים יהיה שבעתים אכי"ר •

תשובה לא ידעתי במה נסתפק השואל כי לע"ד הדברים ברורים בירור שאין אחריו בירור דחייב לוי לפרוע לשמעון הסך הנז' שנתערב בעד ראובן עפ"י שני כתביו ואע"פ שאין שם קנין וערב שלא בשעת מתן מעות בעי קנין הכא שעת מתן מעות היא דכיון דשמעון לא נתערב בעד ראובן לא היו נותנין לו הבגדים והממון כי אם בערבות לוי שעת מתן מעות היא ואין צריך קנין

וגדולה מזאת כתוב בתשובות שבסוף ספר חזה התנופה הביא דבריו הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קכ"ט מחודשין א' על ראובן שנתן לסרסור חפץ למכור ומכרו הסרסור ללוי ע"ת ידוע ושיתן לו ערב שיקיי' תנאו ואם לאו שיחזור החפץ ההוא ולבש לוי המלבוש ההוא קודם שנתערב ואח"כ בא שמעון ונעש' ערב ללוי וברח לוי אין שמעון יכול לטעון כי זה הערבות היה אחר שלבש לוי המלבוש וה"ל כערב דלאחר מתן מעות כי מאחר שלא רצה ראובן למכרו ללוי עד שיהיה בטוח במעותיו לא קנאו לוי אע"פ שהיה לבוש בו עד שנעשה שמעון ערב בעדו לראובן ע"כ וכ"ש בנדון שלנו שלא נתנו לו האלף ומאתים גרוש'יש של כתב הראשון עד בא כתב לוי שהוא ערב בעד ראובן וגם לא לקח הלונדרינאש עד בא דבר לוי שהוא מתערב בעד ראובן עד סך שני אלפים גרוש'יש ובתשובו' מהר"ש יונה בפירושו להלכות ערב כתוב דאם מכר קרקע ועדיין נפיק ועייל אזוזי וביוצא מדברים שהמוכר יכול לחזור בו מן המכר ובא אחר ונכנס ערב דהוי שעת מתן מעות מיקרי ע"ש וכ"ש בנדון שלפנינו שלא היו נותנין הלונדרינאש אם לא היה מתערב לוי

ועוד ראיה מדברי הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן נ"ח שנשאל על נדון קרוב לנדון שלפנינו שלא היה שם קנין ולא כתב לערב אלא מטעם שהיה כתוב באותו כתב כל מי שירבנו לבנו לתת לפי אני נכנס ערב דאינו בלשון ציווי ודמי לאומר כל הזן אינו מפסיד שא"כ בנדון שלפנינו דהערבות הוא בלשון ציווי שיבקשו לו סך כך והוא

והוא ערב ואף בנדון מהרשד"ס ז"ל כתב מהר"א ששון בסי' קכ"ב שחייב לשלם כל מה שהלוו ללוה וכתב שכל גדולי שאלוניקי הסכימו לזה ונראה מדבריו שם דהרשד"ס היה יחיד בהוראה זו וברור הוא שכל הטעמים שכתב משפטי שמואל סימן מ"ה וכל הטעמים שכתבו הרבנים שחתמו בפסק דינו לפטור בערב בנדון ההוא לא שייכי בנדון זה יע"ש גם מה שפטרו הרשד"ס בח' ח"מ הנז' ומשפטי שמואל סימן הנז' מטעם שלא נתחייב זה אלא לפעם הראשונה שהלוה לו לא אם פרע לו והלוה לו שנית וכפי הנראה שאף מהר"א ששון ז"ל אינו חולק על זה לא שייך בנדון דידן דהתם מיירי כשהלוה לו ופרע לו מכל וכל ושוב חזר והלוה לו אבל בנ"ד אפי' כימא דאון מה שנתערב לוי בעד ראובן נתן לו שמעון עוד לשבונן והיה פורע לו והולך ונשאר חייב לו הסך שנתערב לוי בעד ראובן כל שלא פרע לו משלם וחזר והלוה לו אע"פ ששמעון נתן לו יותר מהסך שנתערב לוי בעדו והיה ראובן פורע והולך יכול לומר מה שגביתי מתחלה לעצמי גביתי ממה שלא היה לוי ערב והחוב שהוא בערבות נשאר באחרונה כמו שכתב בספר הטורים ח"מ סימן פ"ג סעיף ב' והוא מדברי ס"הת ש"ך ע"ש

ועוד אני אומר דלא כתבו הרבנים הנז' ז"ל דלא נתחייב אלא בפעם אחת אלא דוקא בנדון שלהם דהחיוב שנתחייב הערב לא היה בפירוש על הלואת ממון שילוו לו אלא סתם כל מה שיתחייב פ' אני ככנס ערב וכיון שיש במשמע חוב זה שמתחייב על כל מה שיתחייב בסחורה שיקח בהקפה כמו שהיה אח"כ שלקח סחורה איכא טעמא רבה למימר לא נתחייב אלא על החיוב הראשון שיתחייב בו וכיון דפרע פקע חיוביה אבל בנדון שלנו שחיוב לוי הערב היה שילוו לו מעות סך כך והוא ערב כל עוד שראובן נשאר לשמעון חייב הסך הנז' לא נפטר לוי מערבותו ונדון מהרשד"ס ז"ל הוא בפי' שנתערב על כל סחורה שיקיפו לפ'

וכר מן דין כיון דנהגי תגרי להתחייב עצמם על פי כתב זה אף בלא קנין מנהגם מנהג והולכין אחריו כמ"ש הרי"ף ז"ל בפרק הגוזל עצים ואין מי שיחלוק עליו וכתב הריב"ש ז"ל בסימן ק"ה וקכ"ח ושמ"ה למנהג דנהיגי תגרי אפילגד הלכה הוי מנהג וכן הסכימו רבי' הגדול מהר"ס מטראני ז"ל בח"א סימן קפ"א ורכ"ב ובח"ב סימן קפ"ג והרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סימן קכ"ג ומהרש"ך בח"ב סימן רכ"ט ומהר"ש קלעי ז"ל בספר משפטי שמואל סימן כ"ט ומ"ז וע"א וכן נראה מדברי מהריב"ל ז"ל בח"ג סימן ל' ובפרק איזהו נשך אמר רב פפי משמיה דרבא האי סימוטיתא קניא וכתב ה"ה ז"ל בפ"ז מה"מ בשם הרשב"א ז"ל וש"מ כי המנהג מבטל הלכה בכל כיוצא בזה שבכל דבר שבממון כו' הילכך כל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין ע"כ וכ"כ רבינו ירוחם ז"ל בנ"ט ח"ד ומכאן למדו גדולי הפוסקים מן האחרונים בספריהם כמה דינים בתורי' המנהגות ככתוב בספריהם הרוצה לעמוד על עיקרן של דברים יעויין במקומם

וכבר אספתי בקונט' תורת המנהגות בדבר שבממון במקום אחד וכתבתי בספרי ספר כנה"ג חלק ח"מ סימן ר"א בהגהת ב"י ז"ל ואיני צריך ליטפל עצמי לחקור אם מנהג הסוחרים צריך שיהיה מונהג ועל פי ותיקין ואת"ל שצריך שיהיה מונהג ע"פ ותיקין אם המנהג הזה שהונהג להתחייב בערבות על פי כתבם אף בלא קנין אם הונהג על פי ותיקין או לא מפני דבהסכמה אחת באו הפוסקים רבם ככולם דבמנהג הסוחרים לא בעינן שיהא מנהג ותיקין ואם ימצא חולק על זה גדול כח המוחזק

ואם מפני ששמעון המלוה לא תבע לראובן הלוה בזמנו ונתאריך הזמן ימים או עבור אחר הגיעת זמן הפרעון לא פקע חיוב ערבותו של לוי וגדולה מזו מצינו שכתב הרמב"ן ז"ל בתשוב' הביאה הבע"הת בשער ל"ה ח"א סימן י"ג • רב בעל הטורים ז"ל בחלק ח"מ סימן קל"א ס"ד ערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו בפני עדים שיתבע ממונו מהלוה ואם לאו יפטר מהערבות ולא רצה המלוה והאריך הזמן ללוה אין הערב נפטר בכך ואין צריך לומר בקבלן שתובע למי שירצה ובזמן שירצה שאם האריך המלוה ללוה זמן הפרעון שלא נפטר הקבלן בכך ואפילו היו נכסים ידועים ללוה והערב אומר למלוה רד עם הלוה לדין ותגבה חובך מנכסים הללו והאריך הזמן ללוה ובנתיים נשתתפו הנכסים גובה מהערב

כללו של דבר נכסוהי דאינש ערבין וכשם שהאדם מאריך ללוה וקובע לו זמן אחר זמן וחוזר וגובה מן הלוה מנכסיו כן הוא גובה מן הערב ע"כ וכתב שם הרב בעל הטורים ז"ל ונראה שאם תובע את הלוה בזמנו שיוציאנו מן הערבות הדין עמו כי יאמר לו לא נתרציתי להערב בשבילך אלא עד זמן פ' עכ"ד והדברים ברורים דזה שכתב הרב בעל הטורים ז"ל ונראה שאם תובע את הלוה בזמנו כו' אפי' שאינו מבזבז נכסיו דאי במבזבז נכסיו כבר כתב הרב בעל הטורים ז"ל בס"ג בשם הרמב"ן ז"ל דערב ... קבלן שתבע מהלוה להוציאו מהערבות אין שומעין אפי' שהלוה מבזבז נכסיו כמו שאין המלוה יכול לתבוע חובו תוך הזמן אף אם הלוה מפסיד נכסיו כך אין זמנו של הערב על הלוה עד לאחר שפרע בשבילו וכתב הרב בעל הטורים ז"ל על זה ואני כתבתי למעלה שגם המלוה יכול לשאול מעותיו תוך הזמן אם הלוה מבזבז נכסיו ע"כ ביאור דבריו דלדידיה שהמלוה יכול לכוף ללוה שיפרע לו תוך זמנו אם הלוה מבזבז נכסיו ה"ה שהערב יכול לכופו שיוציאנו מן הערבות אפילו תוך זמנו וכיון שכן הוא ודאי שמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בס"ד ונראה שאם תובע הלוה בזמנו שיוציאנו מן הערבות הדין עמו הוא אפילו בשאינו מבזבז אלא כיון שהגיע הזמן יכול לומר לא נתרציתי להתערב בשבילך אלא עד זמן פ' דאי דוקא במבזבז מאי איריא בזמנו אפי' תוך זמנו נמי

ואיך שיהיה איכא לאתמוהי על הרב בעל הטורים ז"ל למה לא כתב זה בס"ג שמדבר בדין תביעת הערב עם הלוה שם ביתו ויראה לי שלא כתבו הרב ז"ל שם והמתין מלכתבו אחר דברי הרמב"ן ז"ל בדין השלי להשמיענו דאף הרמב"ן ז"ל מודה בזה שלא כתב הרמב"ן ז"ל דאין שומעין לו אלא דוקא כשתביעת הערב הוא עם המלוה אבל כשתביעת הערב היא עם הלוה אף הרמב"ן ז"ל מודה דשומעין לו וכונת הרב בעל הטורים ז"ל לומר ונראה דאף לדעת הרמב"ן ז"ל אם התביעה היא עם הלוה ובזמנו שומעין לו וכן יש להוכיח מתשו' הרשד"ס ח' ח"מ סי' כ"ו אך קשה שמלשון הרמב"ן ז"ל שהביא הרב בעל הטורים כך אין זמנו של הערב עד לאחר שפרע בשבילו מוכח דכל זמן שלא פרעו אין זמנו של ערב עם הלוה גם הבע"הת בשער ל"ה חלק א' אות ל' כתב ומסתברא כמי דערב לית ליה רשותא למיתבע מידי ללוה ולמימ' הוציאני מן הערבות שערבתי לך עד שיפרע את המלוה שלו בפני ב"ד או בכלי עדים או שיכתוב לו התקבלתי כו' ע"כ

(הגה"ה בספר כנסת הגדולה סימן ק"ל בהגהת הטור אות ו' האדכתי בזה הרבה וכתבתי שם דלמה שחלקתי שם בין ערב לקבלן יש לקיים תירוץ זה שכתבתי כאן ע"כ ההגה"ה)

וצריך

וצריך לידחק ולומר שלא כתב הרב בעל הטורים ז"ל כאן גם תביעת הערב עם המלוה הלא מפני שהדברת בתביעה בזמנו אבל אה"נ דהרמב"ן ז"ל חולק בזה בש"ס ולא חלק עליו הרב בעל הטורים ז"ל כאן כמו שחלק עליו במו"ה מעיף ד' מכל שכיון שגילה דעתו למטה דבזמנו יכול לתובו שיוציאנו מן הערבות כשאינו מבזבז ומשבזבז אף תוך זמנו ומפני שחלק עליו תוך זמנו הניח שלא לחלוק עליו בזמנו עד הדין השני שהרמב"ן ז"ל חובר בזמנו ולפי זה קשה להרא"ח ז"ל בסימן הנז' ותנ"ז שתפש בפשוט כדברי הרב בעל הטורים במקום שהרמב"ן ובעה"ת ז"ל חולקים שיכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו ועיין בספר גד"ת דף ק"ו

ולכולהו פירושי במה שהשכים הרמב"ן ז"ל דכשהערב תובע למלוה בזמנו שיגבה חובו והמלוה האריך הזמן ללוה דלא נפטר הערב מערבותו כ"ע מודו בזה אין חולק עליו וכן נראה מדברי הרב ז"ל בב"י וכן מצאתי בתשו' כ"י להרא"ב ז"ל סי' כ"א כתב על דברי הרמב"ן ז"ל ואין חולק עליו (הגה"ה כבר נדפסו תשובות הרב ז"ל והיא גם היא בסי' כ"א ע"כ ההגה"ה) וכן נראה מדברי בעל גד"ת דף ק"ן ע"ב ובדף קנ"ג כתבו בפירוש ואף שהרב ז"ל כתב בספר הקצר סברת הרמב"ן ז"ל בשם יש מי שאומר לא מפני שיש חולקים אלא שדרך הרב לכתוב סברא שלא נזכרה בשאר פוסקים אע"פי שהיא סברא מוסכמת בשם יש מי שאומר כמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' כ"ח בהגהת ב"י בכללי הקים לי בשם סמ"ע סי' י"ו ובמקומו' רבים מספרו ומה שסיים בספר הקצר וצריך להתיישב בדין זה לא מפני שיש חולקים על זה אלא מפני מה שהוקשה לו בספר בדק הבית על סברת הרמב"ן ז"ל כדבעינן למכתב קמן אך ראיתי לרב בעל המפה ז"ל שעל מה שכתב הרב ז"ל וצריך להתיישב בדבר הגיה כי יש חולקים בזה והסמ"ע כתב שלא מצא חולק בזה ושבד"מ ביאר שהחולק הוא מהר"י ווייל ז"ל בסי' פ"א ובלעני דעתו אף מהר"י ווייל ז"ל אינו חולק עם הרמב"ן ז"ל ובין הכי ובין הכי מדברי כולם נלמוד שהרא"ב"ד ז"ל שכתוב בס"הת שער ל"ה ח"א סי' מ"ד שחולק על הרמב"ן ז"ל בערב שתובע ללוה תוך זמנו שיוציאנו מן הערבות מפני שמבזבז נכסיו דשומעין לערב אינו חולק על הרמב"ן בערב שהתרה במלוה בזמנו שיתבע ממונו מהלוה ויש לתמוה על מהרש"ך ז"ל בח"א סי' קכ"א וח"ב סי' ק"א וקנ"ו שכתב שהרא"ב"ד ז"ל חולק עם הרמב"ן ז"ל בזה דמנין לו זה דהרא"ב"ד אינו חולק על הרמב"ן ז"ל אלא בערב שבא לתבוע מהלוה שהוא מבזבז נכסיו שיוציאנו מן הערבות אבל במתרה למלוה שיתבע נכסיו מהלוה לא מצינו שחולק עליו בזה ואפוכי במחלוקת לא מפכינן

וגם ראיתי להרא"ח ז"ל בתשובותיו ח"א סי' ס' כתב לדברי הרמב"ן ז"ל הם בנויים כפי שטתו שהוא סובר שאפילו שהלוה מבזבז נכסיו אין המלוה יכול לתבעו תוך זמנו ומינה דייק לערב שרואה שהלוה מבזבז נכסיו ותובע ממנו שיוציאנו מן הערבות שאין שומעין לו וכבר נחלקו בזה רבים ובפרט הרא"ש ז"ל כו' ע"כ ואין נראה כן מדברי הרב בעל הטורי' ז"ל שכתב על דברי הרמב"ן ז"ל ונראה שאם תובע את הלוה בזמנו שיוציאנו מן הערבות הדין עמו ואם איתא שלסברת הרא"ש ז"ל שסובר דלמלוה שומעין ה"ה לערב עדיפא מינה הי"ל לרב בעל הטורים ז"ל לומר ולחלוק על הרמב"ן ז"ל בשתביעת הערב עם המלוה כ"ש כשתביעתו עם הלוה ולהרב ז"ל בספר בדק הבית ראיתי כתב על סברת הרמב"ן ז"ל בעיני יפלא למה לא יועיל לערב טענת ערבותי

לא היה אלא לזמן והואיל ובאותו זמן היית יכול לגבות חובך ולא גבית את הוו דאפסיד אנפשך וקרוב אלי לומר דהאי תשובה לאו הרמב"ן ז"ל חתים עלה ופ"ד שאמרו בכי' כילי לאו מר בריה דרבינא חתים עלה ע"כ ואני אומר שזה א"א שהרב בעל התרומות ז"ל בשער ל"ה ה"א בשני מקומות סי' י"ג ומ"ד העיד בשם להרמב"ן ז"ל על זה והשיבו דאין שומעין למלוה גם רבינו ירוחם ז"ל בסוף כ"ח כתב שכן כתב הרמב"ן ז"ל בתשו' ועוד מה יושיענו זה דלאו הרמב"ן ז"ל חתים עלה כיון דהסברא יפנה בעולם יהיה ממי שיהיה ואם כוונת הרב ז"ל לומר דכיון דלאו הרמב"ן ז"ל מן הפוס' המפורסמים חתים עלה אין ראוי להוש לסברא זו לענין הלכה הא לאו מילתא היא דכיון דהבעה"ת הביא סברא זו בשם תשובה לקמאי ונם הוא השכים בה גם הר"ב הטורים ורבינו ירוחם ז"ל כתבו' ולא ערערו עליה ולא מצינו מי שהשיג עליה למה לא תהא ההלכה כן

נמצינו למדין מכל הך שקלא וטריא דלפי מהרש"ד והרא"ח ז"ל סברת הרמב"ן ז"ל במחלוקת היא שנויה ולענין פסק ההלכה לפי דעת מהרש"ד ז"ל שאין חולק על זה זולת הרא"ב"ד ז"ל היה נראה דאין המוחזק יכול לומר קים לי כהרא"ב"ד ז"ל דיחיד הוא בסברא זו ואין לומר קים לי ככי' היחיד אך אמנם יש לפקפק על זה כמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"א סי' ק' דהיינו דוקא היכא דכל הפוסקים נושאים ונותנים בדין זה ומסכימין בסברא אחת ויוצא אחד מהם מכלל סברתם אבל היכא שלא מצינו מי שמדבר בענין זה אלא שנים וג' פוסקים יכול לומר קים לי כפ' הגאון אע"פי שהוא יחיד וכ"כ מהר"א ששון ז"ל בסי' קכ"א ואע"ג דלא הודו להם כל סיעתם שהרש"ך בח"ג בתשו' שאחר המכתבות כתב דאפילו בחד לגבי תרי אינו יכול לומר קים לי וכ"כ הרא"ב ז"ל בתשובה כ"י סי' קי"א והכי אילא סוגיא דעלמא מ"מ כיון דגם בזה איכא מחלוקת האן מרמי ליה מידיה במוחזק ואע"ג דהוו תרי קים לי כבר עלתה הסכמתי במקו' רבים ובספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי דל"מ דאפילו בס"ס אין מוציאין מיד המוחז' אלא כל שאתה יכול להרבות בספקות וספיקי ספיקות אין מוציאין מיד המוחזק כדברי מורי הרב ז"ל בח"א סי' ק"ד וחלק ח"מ סי' כ"ח וכ"ג וס"ז

איברא שראיתי למהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סימן כ"ב וכ"ג וס"ו כתב דהיכא דיש ספק אם יכול לומר קים לי או אינו יכול לומר קים לי אין לומר קים לי כיון דבהא קיימינן אלא אית לן למיזל אחר הרוב ואע"פי שאני כקפקתי על זה בתשובה אחרת מ"מ מידי מחלוקת לא נפיק וחזר הדין שאינו יכול לומר קים לי כיון דבהא קיימינן ומ"מ בנדון שלנו לכ"ע לא נפטר מערבותו וכדבעינן למכתב קמן ועוד שמטעון המלוה הוא המוחזק ומטעם זה אף לסברת הרא"ח ז"ל שתלה מחלוקת זה במחלוקת לוה המבזבז נכסיו ולפי זה המוחזק יכול לומר קים לי כהרא"ש וסיעתו ז"ל בנ"ד שמטעון המלוה שהוא המוחזק יכול לומר קים לי כרב יהודאי גאון והרמב"ן ז"ל שסוברים דאין שומעין להלוה בטענה זו וה"ה דאין שומעין לערב כדכתבו הרמב"ן וס"הת וכ"כ הרא"ח ז"ל מריה דהאי שמעתתא גופיה בסי' הנז' וז"ל וא"כ איך נוציא ממון מיד המוחזק בפלוגתא דרבוותא דבריו ברור מללו שלא זיכה לערב בנדון שלו מן הטעם הזה אלא בעבור היותו מוחזק אבל אם המלוה היה מוחזק ודאי שהיה יכול לומר קים לי כרב יהודאי גאון והרמב"ן ז"ל וכ"כ מהריב"ל ז"ל בס"א כלל י"ז סי' ק"ב דיכול המוחזק לומר קים לי כרב יהודאי גאון והרמב"ן ז"ל וכן נראה מדברי מהרש"ד ז"ל ח"ג סי' כ"ח

וכן

וכל זה שכתבתי משנה שאינה צריכה לע"ד דלא נחלקו הני רבוותא אלא דוקא כשהתרה הערב במלוה שיתבע חובו והאריך לו זמן אבל בסתם לא יצא מן הערבות וכמ"ש מהרש"ך ז"ל בח"א סי' קכ"א וח"ב סי' ק"א ואין חולק על זה ואפילו אם נאמר דאף דלא התרה פליגי הנהו רבוותא על הרמב"ן ז"ל מה שאינו יש לנו לומר דע"כ לא פליגי אלא כשהמלוה כשהגיע זמנו ליפרע האריך הזמן למלוה אבל בנדון שלנו שלא האריך הזמן המלוה ללוה אלא שלא תבעו בזמנו כל אפיא שוין שלא נפטר הערב מערבותו שכן דרך הסוחרים להקיף בעד שנה ועובר שנה והכי ולא נפרע והי לא דמסתפיקא הו"א דמטעם אחר יש לזכות לשמעון בנדון שלנו שהרי כתב מהרש"ך ז"ל בח"א סי' קכ"א דע"כ לא פליגי הראב"ד והרמב"ן ז"ל אלא כשהחיוב הוא בלשון ערבות אבל כשהחיוב הוא שלא בלשון ערבות אלא שנתחייב לפרוע כל נזק שימשך לו מהלוה בין מחל החוב או קלתו בין הרויח לו הזמן חייב לשלם ע"כ

ולפי הנלע"ד בנדון שלנו שכתב לוי לשמעון אויינדו די מיכלטיר ראובן פארה דיטו טראטו סומה די דוש מיל גרוש' סום מירסידיש שילום בוש'קאראן אי שי ואליראן דימי הרי הוא כמקבל עליו כל נזק שימשך מן הלוה שמ"ש סי ואליראן דימי הכונה שהוא מעותד לשלם כל נזק והפסד שימשך לו מצד הלוה ומיהו אע"פי שאנו מדמין לא נעשה מעשה והנכון לשאול פי הסוחרים ואם הסוחרים יאמרו שלשון זה משמעותו לכל נזק והפסד שימשך מהלוה אז זכה המלוה נחלה בלי מצרים

ועדיין לא יצאנו מידי חובת מי שירצה לערער בנדון שלנו דלוי נהי דחייב לשמעון מכח ערבותו מ"מ אל יחסר מהיות תרעומת ללוי על שמעון למה לא הודיעו תכף ומיד כשהלך הלוה לקושט' למקום הערב שלא היה פרוע ממנו מהחוב שנתערב לוי בעדו ואיפשר שהוא אז היה גובה מן הלוה ואף שלפי דעתי אין שום תרעומת ללוי על שמעון על זה שבעת הליכת ראובן הלוה למקום הערב לא היה יודע שראובן מטה ידו מלפרוע חובותיו והיה סבור שראובן יפרע לו ולא יצריך לערב ומה גם בהיות שהדין נותן שאין נפרעין מן הערב תחלה אך אמנם כשארכו הימים וירא כי לא יכול להתפרע מן הלוה גילה אוזן להערב שרוצה להתפרע ממנו מ"מ אפילו נימא דידע שמעון שמטה יד ראובן ולא גילה את שמעון חייב לשלם ללוי ההיזק שנמשך לו בשביל שלא גילה את אזנו דלכל החילוקים שנאמרו בחיוב דינא דגרמי בנדון שלנו אינו חייב לשלם כמו שיראה המעיין בטור ח"מ סי' שפ"ו אין צורך להאריך וכדי לסתום פי המערער על זה הנה לפניו תשובת מהרש"ך ז"ל בח"ב סימן קכ"ו שאע"פי שבנדון ההוא הערב היה מתרעם על המלוה למה לא הודיעו אחר עבור זמנו לא ביריד א' ולא בשתים שאם היה מודיע לו אולי היה גובה הוא מהלוה ואע"פי כן לא פטרו הרב ז"ל לערב כמו שיראה הרואה שם בתשובתו ז"ל ואני רואה ק"ו הדברים ומה בנדון מהרש"ך ז"ל שהלוה לא היה במקום הערב והיה ראוי למלוה להודיעו שלא פרע עם כל זה פסק הרב ז"ל דלא נפטר הערב מערבותו בנדון הזה שהלך הלוה במקום הערב והיה ראוי לערב לדרוש מהלוה אם פרע חובו אם לאו לא כל שכן שלא נפטר הערב מערבותו

כללא דמילתא חייב לוי הערב לפרוע לשמעון כל מה שנתערב בעד ראובן ע"פי כתביו גם את הראשון גם את השני אליבא דכ"ע אפילו לא יהיה המלוה מוחזק וכ"ש בהיות המלוה מוחזק מאן מרמי ליה מידיה הנלע"ד כתבתי

הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

הרב אחי כר"ו חתם על זה תמלאנה בסימן רנ"ח

סימן ע' אנדרינופלי שנת הת"א

שאלה א' משני הבר שים יורה בחצר השותפין להוציא שכר וחבירו מעכב עליו שאין לו לשנות משני טעמים שמזיק העשן ומרבה עליו את הדרך ובעל היורה טוען שזה לו ימים ושנים שהחזיק בזה ולא מיחה בו חבירו ודאי דסבר וקבל והביא עדים שמכתים ימים שהחזיק לשום היורה בחצר השותפין יורינו מורינו אם בעל היורה מחוייב לכנות היורה ההיא ושכמ"ה

תשובה חזקת הניזקין בפחות מג' שנים ואינו בא בטענה במחלוקת היא שנויה שלדעת הרמב"ם והגאונים ז"ל כל שהחזיק בהם וראה חבירו ושתק הרי זה מוחל ואינו יכול לחזור בו ולדעת התוס' והרא"ש ז"ל כל שלא החזיק ג"ש ובא בטענה אין חזקתו חזקה כמו שבא כל זה מבואר בארוך בטור ח"מ סי' קנ"ג וקנ"ד אמנם כל זה הוא בנזקין שיש להם חזקה אבל נזק דקוטרא ובה"ה וכיוצא בהם אפילו החזיק בהם לא הוי חזקה כדאיתא בפרק לא יחפור וה"ה כל נזק גדול שאין דרך האדם לסבלו ואפילו שאר בני אדם סובלים אותו אם המערער אינו יכול לסבלו אין לו חזקה כנגד המערער זה כמ"ש הרא"ש והרב בעל הטורים והרב הנמקי ז"ל וכתבו רבוותא דדוקא קוטרא דכבשן שהוא הזק גדול אין לו חזקה אבל תנור שהיחיד אופה פת וכן כירה כיון דלא שכיחי קוטרייהו רובא דיומא לאו תדיר הוא ואית להו חזקה כמ"ש בטור ח"מ סי' קנ"ה והרב הנמקי כתב בשם רבנו הרב ז"ל דאפילו עשן הרגיל בביתו והוא קוטרא ואין לו חזקה והסכים הרב ז"ל בב"י דבעשן תדיר בין רב בין מעט לא הוי חזקה ובעשן רב אע"פי שאינו תדיר אין דרך בני אדם לסבלו ואין לו חזקה וכן הסכים מהריב"ל ז"ל בח"ג סי' מ"ו שתירוץ הג' שהוא עיקר

מעתה נבא לנדון שלפנינו ונאמר דאם נדון דידן הוי כקוטרא ובה"ה לכ"ע אין לו חזקה ואי לא הוי כקוטרא ובה"ה אלא כשאר הנזקין להרמב"ם והגאונים ז"ל יש לו חזקה לאלתר ולר"ת והרא"ש אחר ג"ש ומענה ולכאורה נראה דל"מ אם נזק זה לא הוי כקוטרא ובה"ה אלא כשאר נזקין אלא אפילו הדבר ספק אין בעל היורה מחוייב לכנות היורה דיכול לומר קים לי דכנ"ד לא הוי כקוטרא ובה"ה וקים לי כהנהו רבוותא דסברי דאין צריך חזקה ג"ש ואע"ג דהוי תרי קים לי וכתב מהריב"ל בח"ג בהרבה מקומות דבתרי קים לי מפקינן מיד המוחזק והחזיק בסברא זו מהרש"ך ז"ל בח"א סי' י"ו וס' ובח"ב בנוספות סי' י"ז איננו גופייהו תברי לגוזייהו וכתבו דאפילו בספק ספקא לא מפקינן מיד המוחזק ומן האחרונים הבאים אחרי הרבנים ז"ל מהם תפסו דבס"ס מפקינן מיד המוחזק ומהם תפסו דלא מפקינן מיד המוחזק מ"מ מכללם ראינו לרב הגדול בדורינו מהר"ר חיים שבתי נר"ו הובאו דבריו בספר משפט צדק ח"א סי' ב' כתב וז"ל אך מ"מ בעיקר הדין כבר נתפשט המנהג דמצי המוחזק לומר תרי קים לי ואף בתרי פלוגתי דרבוותא אין מוציאין מידו והתימא ממהרש"ך ז"ל שזה מעשים בכל יום ואינו עבד עובדא כמה זימני ע"כ ואף שלשון הרב ז"ל תנומגס עתדתי עליו במקום אחר מה חזי מאן גברא רבה קא מסהיד דנתפשט המנהג לומר המוחזק תרי קים לי (הגה"ה אחר זה נדפסו תשובות מורי הרב ז"ל ח"א וראיתי שם בסי' קי"ד וח' ח"מ סי' כ"ח נ"ג ס"ז כתב כל שאתה מרבה בספקו' נספקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק והוי יודע

עוד דאף שבתשובה זאת הסכמתי דהדין עם בעל היורה מ"מ ז' המחלוקת בחתימה החתמתי על פסק שכותב בני בכורי יקרא! שיחיה שבגא"ל על נדון זה שנת התי"ח וכתב הוא נר"ו לזכות למערער אף מטעם המחלוקת והסכמתי עמו גם כמו שיר' המעיין בסי' כ"ו מהחלק הזה ע"כ ההגה"ה) אלא שמ"מ אחר הדין עם המערער וחייב בעל היורה לפנות היורה משם והוא מהטעם השני שכתוב בשאלה שטוען המערער שישיר היורה משם מפני שמרבה עליו את ההיזק ומשנה שלמה שנינו חנות שבחצר חבירו יכול לעכב עליו ולומר איני יכול לישן מקול הנכנסים והיוצאים וכתב הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן קנ"ו וממקתני חנות שבחצר דקדק הרשב"א ז"ל שאפי' הושיב החנו' ברשו' יכולין למחות בידו ולומר סבורין היינו שיכולין אנו לקבל ועכשיו אין אנו יכולין לקבל וכ"כ הרמב"ם ז"ל שהורו הגאונים שאם החזיק ונשא ונתן או ברדי ולא מיחו בידו שכיון שאין לנזק זה חזקה דהוי היזק קבוע כקוטרא וכ"ה ע"כ וכ"כ המרדכי והרב הנמקי פ' לא יחפור ורבינו ירוחם נ"ה ח"ו הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים שבמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן צ"א

איזמיר שנת התי"ח לגביר הר"י אלגראנאטי נר"ו

שאלה כותל המשותף בין ראובן ושמעון ורוצה אחד מהשותפין להגביה יותר יורינו מורינו אם יש כח בידו של אחד מהם להגביה בלתי רשות חבירו אם לאו ושכמ"ה

תשובה תנן בפ"ק דבתר' כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ד"א בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מד"א ולמעלה אין מחייבין אותו וכתב הרא"ש הא דקתני אין מחייבין אותו אין לפרש חיוב הוא דלא מחייבינן ליה אבל יכול הוא לבנותו בע"כ דהא ליתא שהרי אויר שע"ג הכותל חלוק של חבירו ואינו יכול למעט אוירו לפי שיכול לומר לו אני רוצה להשתמש על חצי הכותל שהיא שלי או היום או למחר אשכה ואשמוך הקורות על הכותל ואעשה מחיצה דקה של נסרים ואעמידנה על חצי הכותל שלי ע"כ גם הר' יונה ז"ל הובא בספר הטורים ח"מ סימן קנ"ז ובהג"מ פ"ח דה"ש כתב שחבירו מעכב עליו מלהגביהו אלא שבטעם הדבר חלוקים דם שלדעת הרא"ש ז"ל הטעם הוא משום שאינו רוצה למעט חצי אויר שלו ולדעת הר"י ז"ל הוא מפני שאין הכותל הגבוה מתקיים כ"כ כמו הנמוך וכ"מ בין הני תרי טעמי שלטעם הרא"ש ז"ל אם בא לבנות בחצי הכותל שלו אינו יכול לעכב עליו ולטעם הר' יונה ז"ל אף בחצי הכותל מעכב עליו ורי"ו ז"ל בנכ"ו ח"ג כתב כדברי הרא"ש ז"ל וכמ"ש הרב ז"ל בב"י סימן הנז' ויש חולקים ואומרים שיכול להגביהו יותר מד"א וכמ"ש בספר הטורים ז"ל ובהג"מיי שם בשם הגאונים וכן נ"ל דעת רש"י ז"ל וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה"ש ובפי' המשנה גם הרשב"א ז"ל בתשובה ח"א סימן תתקל"א הכי ס"ל וכ"כ הרב הנמקי בפרק הבית והעליה בשמו וכן דעת הרב הנמקי והריב"ש ז"ל בסי' רפ"ט וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל

ויש לחקור בנ"ד מי הוא המוחזק המזיק או הניזק ובינותי בספרים ומתוך מה שראיתי למהריב"ל ס"א סי' כ"ד ופ"ה ולמהרש"ך ז"ל ח"א סימן ק"ז וח"ב סימן מ"ח ומ"ב וקע"א יוצא לנו דס"ל למהריב"ל ז"ל דנזק מבורר בין נזק גדול בין נזק קטן הניזק הוא המוחזק ובנזק שאינו מבורר בין גדול בין קטן המזיק הוא המוחזק אבל מהרש"ך ז"ל כתב דבנזקים גדולים כקוטרא ודכוותייהו בין מבורר בין שאינו מבורר הניזק הוא המוחזק ובנזקים קטנים אפילו נזק מבורר המזיק הוא המוחזק ובנ"ד אין ספק שלמהריב"ל ז"ל הניזק הוא המוחזק דנזק מבורר הוא שהממעט אורו לדעת הרא"ש או שאינו מתקיים להר"י ז"ל אמנם לדעת מהרש"ך ז"ל יש להסתפק אם הוי נזק גדול והניזק הוא המוחזק או נזק קטן והמזיק הוא המוחזק •

ונראה לי להכריע שלמהרש"ך ז"ל בנ"ד המזיק הוא המוחזק שהרי הוא ז"ל כשאל בח"ב סימן כ"ז על נדון כיוצא בנ"ד שהמזיק שיכול לבנות ולהגביה ולא הזכיר סברת החולקים שאינו יכול להגביה ויש לתמוה למה וכ"ל דכיון דהוי מחלוקת יכול המוחזק לומר קים לי והמזיק הוא המוחזק ועדיין אין זה מספיק דמ"מ הי"ל להביא המחלוקת ולפסוק דהמזיק הוא המוחזק ויכול לומר קים לי ובתשובה למ"ה ז"ל ח"א סימן קל"ג כתב דכל שיש ספק בחזקתו של המחזיק המערער הוא המוחזק וכ"כ הרב"ע בספר ס' דף מ"ד

היוצא מן המחובר דלמהריב"ל והרמ"ע ומ"הז"ל בנ"ד הניזק הוא המוחזק וזולת לדעת מהרש"ך ז"ל שיש ספק בדעתו ולא שבקינן והאי של הרבנים הנזכרים שאנו מסתפקים בדבריו ואפילו תימא שדבריו ברור תללו שהמזיק הוא המוחזק הוא יחיד בדבר הזה ולא יהיה אלא מחלוקת שקול דבעלמא יכול המוחזק לומר קים לי בנ"ד אין המוחזק יכול לומר קים לי דכיון דבהא פליגי אי נקרא מוחזק או לא אין לומר קים לי כמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"א סימן ע"ז וכ"א וח"ב סי' מ"א דכיון דבהא פליגי אין לומר קים לי וכ"כ מהרש"ך ז"ל ח"א סימן קנ"ג ומ"ה ז"ל ח"א סימן ע"ב וקי"א וקכ"א ומהרש"ח ז"ל סימן כ"ד ול"ד ול"ו ומשפט צדק ח"א סי' י"א ומהרח"ש סימן כ"ט מ"ו כ"ד והר"י הלוי סימן כ"ב וכ"ג וס"ו וכנסת יהודה בסימן כ"ח וכיון דאפיקרא דדינא אינו יכול לומר קים לי שב ואל תעשה שאני והבא לבנות הוא בא להוציא וצריך להביא ראיה שהוא המוחזק ומלבד זה ראיתי למהר"ס מטראני ז"ל בח"ג סימן נ"ח כתב דע"כ לא קאמר הרא"ש ז"ל שחבירו מעכב עליו אלא דוקא בכותל שבין ב' חצרות שהגבהתו ד"א הוא משום הזק ראיה אבל בכותל שהוא גבוה הרבה שאינו משתמש בחצי אויר הכותל שלו וכיוצא בה אינו יכול לעכב עליו ע"כ ולפי דבריו בנדון שלפנינו שהכותל גבוה הרבה אינו יכול לעכב עליו ואע"פ שיש לפקפק עליו כבר הורה זקן גם לבעל המפה ראיתי שעל סברת הרא"ש ז"ל שכתב הרב ז"ל בספר הקלר הניה וז"ל מיהו על חלקו יכול לבנות מה שירצה ע"כ ומתוך לשונו משמע דלכ"ע יכול לבנות על חלקו מה שירצה ואע"פ שמה שכתבתי למעלה בנפקותא שיש בין טעם הרא"ש לטעם הר' יונה יוצא דלטעם הר' יונה אינו יכול לבנות אף על חצי חלקו כבר הורה זקן סופא דמילתא כהא מליקנא דאם בא לבנות על רוחב כל הכותל אין כח בידו לומר שאינו יכול וגם אין כח בידי לומר דיכול ואם בא לבנות בחצי כותל שלו רואין על פי בקיאים אם אינו נמשך נזק בהכבדה זו אינו יכול לעכב עליו (הגה"ה עיין בסימן כ"ט מהחלק הזה שגם הסכמתי שאפילו בא לבנות על פני כל רוחב הכותל אף על חלק חבירו אינו יכול לעכב עליו ע"כ ההגה"ה) הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן צ"ב

שאלה ראובן נעשה ערב לשמעון בעד גוי אחד סך מה ואחר ימים מת הגוי ונאבדו מעות וגם מה שהיה לראובן בעולם הכל היה ביד הגוי ההוא ונשאר ראובן בעירום ובחוסר כל ועתה בא שמעון ותובע את ראובן שישלם לו מעותיו שהלוה לגוי בערבותו כנראה מן השטר אשר ביד שמעון וראובן משיב שאינו חייב כלום ואינו רוצה לשלם בעד הגוי דקיים ליה כמ"ד שישראל שנתערב לישראל חבירו בעד הגוי לא משתעבד יורינו המורה הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה הן אמת שזאת הסברא שישראל הנעשה ערב בשביל הגוי דלא משתעבד לא נמצא כי אם בדברי הרא"ש ז"ל בה"א סימן כ"ד כתב וז"ל כתב הרב רבי אביגדור בשם רבינו שמחה אם יהודי נעשה ערב ליהודי חבירו בעד הגוי ולא פרעו שהישראל פטור דטעמא דערב מפרש בפרק ג"פ בההיא הנאה דהאמין ליה מהך גמר ומשתעבד והאי טעמא לא שייך כלפי הגוי דפשיטא דישראל מהימן טפי מהגוי ולא גמר ומשתעבד בפשיה ע"כ אבל בשאר הפוסקים לא ראינו ולא שמענו מי שסובר כן

ומן התימא שהרב מקרב"ך ומהר"ר אליהו בן חיים ז"ל נשאלו על כיוצא בזה והשיבו בפשיטות שהערב חייב ולא הביאו דברי הרא"ש ז"ל שהביא בשם הגדולים ההם כנראה שלא ראו דבריו דאל"כ היה להם להביאם להשיב עליהם ואפשר שאלו ראו אותם היו פוסקים כוותייהו ואין לומר שראו דבריו ודחו אותם שאין זה דרכם של אחרונים וכתב מהרי"ק בשרש כ"ד שמה שנמצא כתוב בתשובת גאון אחד ולא עלה זכרונו על ספר מפורסם אפילו שימצא פוסק האחרון שיפסוק בהפך איכא למימר דילמא לא שמיע ליה דאי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה ואע"פ שתשובות הרא"ש ז"ל מפורסמים הם מ"מ הרואה יראה שהדין הזה לא הביאו הרב תשובה בפני עצמה אלא בתוך כמה דברים משונים זה מזה ויסוב על כמה דבורים של תוס' ואינו רחוק לומר שלא ראו אותם וגדולה מזו כתב מהר"י קארו ז"ל בתשובותיו דף מ"ו וז"ל ואל תשיבני ממ"ש דברי ר' ירוחם ז"ל לפסוק כמותו שאמר דיחיד הוא כו' דכיון דהדבר קשה מתיישב לדברי רבינו ירוחם בטוב טעם ודעת לדבריו שומעין כו' ואין ספק דאי הוה שמיע ליה להר"י בר ששת הא דרבינו ירוחם ז"ל הוה ממטי ליה אפריין ע"כ והדבר ידוע שרבינו ירוחם היה קדמון מר"י בר ששת ואעפ"כ כתב שאין ספק שלא ראה דבריו

איברא שיש להקשות לגאונים בעלי סברא זאת מפרק איזהו נשך דאמרינן התם אל תקח מאתו נשך ותרבית אלא אתה נעשה לו ערב ערב למאן אילימא לישראל והתנן אלו עוברים בלא תעשה כו' אלא לנכרי וכיון דדיניה דנכרי דאזיל בתר ערב איהו דשקיל ליה רביתא אמר רב ששת כגון שקבל לדון בדיני ישראל ע"כ וכתב הרא"ש ז"ל בשם הראב"ד ז"ל וז"ל וה"ה לישראל שהלוה לנכרי דאין ישראל יכול להיות ערב הא"כ התנה עם הנכרי שלא יתבע אותו אלא הערב כל זמן שיש בידו לפרוע והיכי תני בתוספתא ישראל שהלוה מנכרי ונכרי מישראל ישראל נעשה לו ערב ואינו חושש משום רבית אלמא כי הדדי נינהו ע"כ הרי בהדיא כנגד הגדולים ההם

ומיהו יש לומר דלא לענין חיוב הערב קאמר אלא לענין איסור רבית קאמר דאי בעי לשלם הערב לקיים דברו הרשות בידו ואינו אסור משום רבית ודייקא נמי מלשון התוספתא דתני ואינו חושש משום רבית דמשמע משום רבית אינו חושש אם רוצה לשלם אבל אם אינו רוצה לעמוד בדבורו אין ב"ד נזקקין לו משום דאינו משתעבד וכד מעיינינן שפיר בסוגייא דגמ' דפרק איזהו נשך אפשר שיש קצת סיוע לדברי מהרא"ס ז"ל והוא שיש לדקדק דמאי הכריחו לתלמודא לאוקמי ברייתא בגוי מלוה וישראל לוה ולימא דאיירי בגוי לוה וישראל מלוה והוה אתי שפיר טפי דלא היה צריך לאוקמי שקבל עליו לדון בדיני ישראל דהא"י לא קבל נמי אינו נפרע אלא מן הלוה כל שיש בידו לפרעו ובדיני ישראל אלא נ"ל דלא העמיד הברייתא בהכי משום דישראל הנעש' ערב לישראל אחר בשביל הגוי אינו משתעבד מה שאינו כן אם נעשה ערב לגוי בעד ישראל דמשתעבד לגוי בהך הנאה דמהימן ליה טפי מהך ומשום הכי העמיד תלמודא דמיירי הברייתא בגוי מלוה וישראל לוה •

וראיתי להרב אליהו בן חיים ז"ל בה"ב סימן ו' הרגיש בזאת הקושיא והשיב משום דבגוי לוה וישראל מלוה הוא הוא שלוקח הרבית וישראל אינו לוקח וברייתא קתני אל תקח מאתו נשך ותרבית אבל אתה נעשה לו ערב ולוקח ממנו ואינך עובר באל תקח • ואחר המחי' מחכמתו הגדולה נ"ל שיש לדחות משום שהמקרא בכל ישראל בכללות קא מיירי וה"ק על כל אחר בשם ישראל יכונה אל תקח מאתו נשך ותרבית אבל אתה נעשה ערב ואין אתה הישראל עובר בבל תקח כלומר המלוה שבכל ישראל נוף א' הוא וק"ל

ועוד שלשון הברייתא איככא משתבר' דקתני אבל אתה נעשה לו ערב דמשמע לו לישראל אתה נעשה לו ערב בעד אחר שכן דרך הלשון בכי אם ערבת לרעך שהכונה לומר שאתה ערב לו בעד איש זר כמ"ש הרלב"ג ז"ל וא"כ הדרא קושיא לדוכתין ולענין הדין אם יוכל לומר קים לי מצאתי מכתיבת יד מהרב עזריא יהושע ז"ל שהביא לשון הרא"ס ז"ל ולא גמגם עליו וכן שמעתי מפי אנשים נאמנים שהעידו שבא מעשה לפני הרב הנז' בבית דינו הצדק וזכר את הערב מה"ע וגזר שהמעשה שוב בא לידי כזה הרב הכולל סיני ועוקר הרים כמה"ר חיים בנבנשת נר"ו וגם בסוף הפסק כלשון הזה עוד מצאתי מקום פטור לשמעון ממ"ש הרא"ש ז"ל בה"א סימן כ"ד שכתב רבינו אביגדור בשם רבינו שמחה ז"ל הערב לחבירו בשביל גוי לא משתעבד כו' עד ואע"ג שמורי הרב ז"ל כתב בתשובה דהרב ר' אביגדור יחיד הוא בדבר הזה וליכא למיחש לה

אחר המחילה מעצמותיו הקדושים אני אומר דכיון דבשם רבינו שמחה קאמר שמעתיה גם הרא"ס ז"ל מייתי לה יכול המוחזק לומר קים לי ע"כ • והנה מדבריו אלנם לריכים הוק ראיתי להביא להם ראיה גמורה ממ"ש הרא"ש ז"ל בפרק לולב וערבה גבי אמר רבי אמי ערבה אינה צריכה שיעור כו' ורב חסדא אמ' ר' יצחק אם יוצא י"ח בערבה שבלולב וכתב הרא"ש ז"ל וזה לשונו הרמב"ם ז"ל פסק כרבי אמי והאבי"ה פסק כרב חסד' וכן מסתברא דרב חסדא דאמר משמיה דרב יצחק קבלה מיניה מדלא פריש תלמודא דפליג עליה והוה ליה חד לגבי תרי ע"כ הרי לך שבכל מקום שמביא פוסק א' דברי גאון ולא פליג עליה מסתמא הכי ס"ל וא"כ ה"ה בנ"ד ואחר שאלו הרבנים עשו מעשה ופטרו את הערב משום דהלכי למימר קים לי גם בנדון דידן נאמר הכי וראובן פטור מאחר

שהוא מוחזק דקים ליה בהני דבוותא והאל המלמד לאדם דעת ילמדנו דרך תבונות יודיענו ויראנו לטובה הית ויראנו מתורתו נפלאות ויצילנו משגיאות כאשר מלוה ועושה כעס נגלה וכעס מכוסה ומפני הכבוד שמו מכוסה

סימן צ״ג

איזמיר שנת התי״ז להחכם כמה״ר משה ליון נר״ו

החכם השלם הכולל שיחיה בעל התשובה חבו מתקים דגול מרבבה • כלו חמדים ותוכו רצוף אהבה • את שמו לא הגיד והוא נחבא • ואם כי לא נגלה עלי האי לוריא דרבנן מי זה ואיזה הוא היוליך והמחזיקה וכותבה • להשיב תשובה מפני כבוד שמו אני בא • הנה שפתי לא אכלא יביעו ידברו את אשר אני אחוה ודעתי קרובה : סברת רבינו אביגדור ז״ל לא נפלאת היא ולא רחוקה הלא היא כתובה • בתשובות הרא״ש ז״ל א״א סימן כ״ד קמה וגם נכבה •

ואיברא ודאי דכל הפוסקים ז״ל חלוקים על זה כמו שאבאר תשובה להרי״ף ז״ל הובאה בספר הטורים ז״ל סימן קל״א ס״ה ותשובת הרשב״א ז״ל הובאה בספר התרומות שער ל״ה הביאה הרב ז״ל בב״י סי׳ קכ״ט מהודאין י׳ מורות באשבע דלא כרבינו שמחה גם המרדכי בפרק איזהו נשך הביא תשובה לרמב״ן ז״ל בישראל שנתערב לחבירו בשביל גוי מקרן ורבית דפטור מן הרבית משום דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות לגבי הרבית מינה שמעינן דהקרן חייב לו לפרוע ולא מיבעיא משום דהוי ערב דגוי כדברי רבינו שמחה ואף לראבי״ה דחולק על הרמב״ן ז״ל בההוא עובדא דרבית מודה הוא דהקרן חייב גם הרש״ך ח״ב סימן ס״ד והראנ״ח ז״ל ח״א סי׳ ס׳ וח״ב סימן ו׳ תפסו במושלם שלא כדברי ר׳ שמחה

והנה את שמ״ש החכם השלם הפוסק נר״ו שמהרש״ך ומהראנ״ח לא ראו תשובת הרא״ש ז״ל בסי׳ כ״ד בשם רבינו אביגדור ז״ל בריא לי על מהרש״ך שלא ראה אותה כמו שלא ראה מ״ש הרא״ש גם בסי׳ הנז׳ סמוך לדין זה של ערב דגוי דאשת הצדוקי היא א״א והבא עליה חייב משום א״א וכו׳ כמ״ש מהרש״ך ז״ל בתשובותיו ח״ג סימן ט״ו וז״ל הנה השלום ראיתי מ״ש החכם השלם נר״ו וכן מצאתי בתשובות שאלות כמה״ר אלי״ס וז״ל אשת הצדוקי היא א״א כו׳ לא ידעתי אני מי הוא בעל התשובה ז״ל כמה״ר אלי״ס ואם הוא ר״ת וכונתו על הרא״ש ז״ל אני לא מצאתי זאת התשובה בספר הרב הנז׳ כו׳ ע״כ הנה שהרב ז״ל לא ראה תשובה דערב שאם היה רואה אותה היה רואה גם כן התשובה דאשת הצדוקי שכתובה סמוך לה

אמנם מה שהקשה החכם השלם הפוסק נר״ו מההיא תוספתא שהביאו הרא״ש ז״ל ונ״י בפרק איזהו נשך על סברת רבינו שמחה התירוץ הוא מבואר כמ״ש בס׳ כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן קל״א בהגהת הטור אות א׳ במהדורא שניה ולשון אחר כתבתי גם לכתבנו לפנינו בס״ד • אבל מה שרצה החכם הפוסק נר״ו להביא סיוע לסברת רבינו שמחה ז״ל מסוגייא דפרק איזהו נשך מדלא מוקי ברייתא בגוי לוה וישראל מלוה לכאורה כן נראה דאע״ג דעדיין קשה מה נעשה מהתוספתא שהביאו הרא״ש ז״ל ונ״י בפרק איזהו נשך ומהירושלמי שהביא נ״י בפרק איזהו נשך דמוכח מינייהו דישראל שנעשה ערב לחבירו בשביל הגוי חייב לפרוע ודוחק לומר דכיון דתלמו׳ דידן לא ס״ל הכי דחינן לתוספתא וירושלמי דקמי תלמודא דידן דנהי דאם בפירוש היה חולק תלמוד שלנו גם הירושלמי הוה דחינן ליה מקמי תלמודא דידן אבל כאן שאין הדבר מבואר שהתלמוד שלנו חולק עם התוספתא והירוש׳ אלא מכח דקדוק דהו״ל לאוקומי בהכי לא הסתבר לדחויי התוספתא והירושלמי בשביל זה ומה גם דהדקדוק הזה אית ליה פתר בגוונא אחרינא כמו שיתבאר ואף דמההו׳ לא ק׳ שכבר תריצנא לה מהירושלמי מוכח דלא כרבינו שמחה דגרסינן התם גבי והנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה וכי נפרעין מן האדם שלא בפניו תפתר בשרבית אוכלת בהם וב״ד גובין רבית כשערב לו מן הגוי וכבר הכריח הרב המקשה דמיירי בגוי שלוה מישראל וישראל נעשה לו ערב ושתבעו מלוה לגוי תחלה ועכשיו בא ליפרע מן הערב ולפיכך נפרעין אפי׳ שלא בפניו דכל זמן שהחוב קיים הרבית מתרבה על הגוי והיוצא של ישראל שנעשה לו ערב מתרבה בכך ושלא רבית אוכלת בנכסיו וככי דברי רבינו שמחה מה צורך ליפרע שלא בפניו כיון דמעיקרא חובא ליכא והערב אינו משתעבד וב״ד טוענין בשבילו דאינו מתחייב כיון שאינו בפנינו

איברא יש לדחות שיודעין ב״ד בערב דלא משני מדבוריה ורוצה לקיים דבורו שנתערב בשביל הגוי ודוחק באופן דמשמעות הגמרא דפרק איזהו נשך מוכח לכאורה כדברי רבינו שמחה דהתוספתא והירושלמי אית להו פתר כדכתבינן אבל תמה אני מה יענו שפתי החכם הפוסק נר״ו לסוברים דערב דגוי משתעבד אמאי לא מוקי תלמודא ברייתא בגוי לוה וישראל מלוה וע״כ צריכין אנו לתפוס תי׳ הראנ״ח ז״ל בח״ב סימן ו׳ ומה שהקשה החכם הפוסק נר״ו על דבריו לא ירדתי לסוף דעתו שאני רואה לדברי הרב ז״ל נכונים וברורים מיוסדים על אדני העיון

ובלשון אחרת אני אומרה קרוב לתירוץ הרב ז״ל דבעל הברייתא דקדק מלת מאתו שהיא מיותרת שכבר אמר לעיל וחי אחיך עמך הי״ל לומר אל תקח נשך ותרבית ולכן באה הברייתא לומר אף דאזהרת הכתוב היא שלא ליקח מאתו נשך ותרבית לפעמים אתה לוקח ממנו נשך ותרבית והיכי משכחת לה כגון שנתערב בעדו לגוי ולוקח רבית ממנו ונותן לגוי ואי הוה מכרעינן ליה בגוי לוה וישראל מלוה הרבית שלוקח אינו לוקחו מישראל אלא מהגוי ע״י ישראל ולא מקרי מאתו נשך ותרבית

וכל זה לפי דרך הראנ״ח ז״ל דלדידי אין צורך לזה דבהבנת הפסוק דאל תקח מאתו נשך ותרבית יש שני משמעיות יש במשמעות שלא יקח מאתו נשך ותרבית אבל יקח מאתו נשך ותרבית דגוי והמשמעות הזה הוא בגוי לוה וישראל מלוה ויש במשמעות שלא יקח מאתו נשך ותרבי׳ אבל לוקח ממנו נשך ותרבית ליתן לגוי. והמשמעות הזה היא חלוקת הברייתא בגוי מלוה וישראל לוה גם בדברי הברייתא שאמרה אבל אתה נעשה לו ערב יש שני משמעו׳ יש במשמעות שנעשה ערב לישראל בשביל הגוי ומלת לו לפי זה כפשוטה ויש במשמעות שנעשה ערב לגוי בשביל ישראל ומלת לו לפי זה הוא בשבילו כמו ויזרח לו השמש לפי דרשתו וכמו אמרי לי אחי הוא ובחלוקה דגוי לוה וישראל מלוה אין אנו צריכין לידחק בשקבל עליו לדון בדיני ישראל וקבל לוו ולא לוו והשתא בחלוקה דגוי לוה וישראל מלוה לא הוקשה לו לבעל התלמוד ערב דמאן דתשובתו בצדו ערב דגוי והוה ניחא אבל בחלוקה דגוי מלוה וישראל לוה הוקשה לו ערב דמאן משום דאפי׳ תימא ערב דגוי קשיא ליה כיון דדיניה דגוי דאזיל בתר ערב איהו ניהו דשקיל מינו רבית

וצריך

וצריך לאוקומי בשנוי דחיקי וכיון שכן לא קשיא למאן דס"ל דערב לישראל בשביל הגוי משתעבד אמאי לא אוקמה בגוי לוה וישראל מלוה דא"כ דהברייתא קיירי ג"כ בשך מלוקא אלא משום דמחלוקת אחרת קשיא ליה ערב דמאן ביאר התלמוד מחלוקת זו לומר דאף למחלוקת זו לא תיקשי ערב דמאן

ועתה אבא לענין פסקא דדינא הנה החכם הפוסק כר"ן השכים דיכול המוחזק לומר קים לי כרבינו שמחה ור' אביגדור ז"ל והרא"ש ז"ל המביא דבריהם דערב לישראל בשביל הגוי לא משתעבד ונתלה עצמו באילן גדול הרב מהר"ר עזריה יאושע ז"ל ממה שהביא תשובה זו בכתבו ולא ערער עליה וממה שהעידו עליו מעשה מעשה בזה הרב הנז' ואני אומר למה שהביא ראיה ממה שהביא הרב הנז' סברא זו ולא גמגם עליה אינה ראיה מוכרחת לפסוק הלכה על פי' זה דשמא בנדון שלו טענה אחרת היתה שם שהיה פטור עליה המוחזק ועליה סמך הרב ז"ל והביא סברת רבינו שמחה לשניף גם מה ששמע מפי אנשים נאמנים שהעידו שבא מעשה לפני הרב ז"ל ופטר את הערב מהאי טעמא וגזור שהמע"ה אין שום ראיה דאין למדין הלכה מפי מעשה דאולי היו שם סברות אחרות לפטרו מלבד טעם זה לא ולמד מה שכתב הריב"ש ז"ל בתשובותיו סי' ש"א וז"ל ומה שאמרת שפעם אחת באה אשה אחת לגבות כתובתה לפני מורינו הרב רבינו נסים ז"ל ודן ליתן לה בגדי שבת אבל לא בגדי חול אין למדין הלכה מפי מעשה ואולי היו שם תנאים ודברים בגו או אולי גרושה היתה או שמאה דרך פשרה כו' גם מה שנסתייע ממה שכתבתי אני בפסק אחד קים לי כרבינו שמחה ז"ל איכא לדחויי דבנדון ההוא היו טעמים אחרים מספיקים לפטור את המוחזק ולא כתבתי טעם זה אלא לסניף ואין ללמוד ממנו לענין מעשה הלא נגד עינינו מה שכתב הרדב"ז ז"ל במורפסו' סי' ע' כשהפוסקים כותבים שנים או שלשה טעמים בדין א' יש מי שסומך על א' מהם לעשות מעשה ואני לא סמכתי על הטעם האחד לבדו דשמא בעל התשובה לא כתבו לעיקר אלא כניפין בעלמא לא אכחד שדעתי הוא בהחלט דיכול המוחזק לומר קים לי כרבינו שמחה ורבינו אביגדור והרא"ש ז"ל אפילו בטעם זה לבדו אבל בנדון דידן אפילו רבינו שמחה יודה דמשתעבד כמו שאבאר והן אמת שאותה תשובה שכתב החכם הפוסק משמי לא ראה החכם הפוסק כי אם מהדורא ראשונה ובאותה מהדורא לא כתבתי כי אם מה שכתב החכם הפוסק כר"ן משמי אבל במהדורא שניה הוספתי בה דברים ונסתפקתי אולי לא נאמרו דברי רבינו שמחה ורבינו אביגדור אלא דוקא בערב בשעת מתן מעות דמשתעבד בלא קנין שם שייך לומר דכיון דמשתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה ערב דגוי לא משתעבד אבל ערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד אלא בקנין אין חילוק בין ערב דגוי לערב דישראל ולא הכרעתי לשום צד עיין שם בסי' כ"ב מהחלק הזה

וכדי להפים דעת החכם הפוסק כר"ן אמינא דאפילו לדעת רבינו שמחה דערב דגוי לא משתעבד ונימא דאפילו בערב דבעי קנין אמרה רבינו שמחה ז"ל בנדון שלפנינו אינו יכול לומר קים לי דמידי הוא טעמא דרבינו שמחה דלא משתעבד אלא משום דטעמא דערב דמשתעבד הוא דבההיא הנאה דמהימן ליה מהך גמר ומשעבד נפשיה והאי טעמא לא שייך בלפי הגוי דפשיטא דישראל מהימן טפי מגוי ולא גמר ומשעבד נפשיה וכיון דמהך טעמא פוטר ר"ש לישראל שנתערב לחבירו בעד הגוי פשיטא דלא דבר ר' שמחה אלא בערב גרידא בין בקנין בין שלא בקנין דמשתעבד בלבון דאמנתא ואפילו הכי משתעבד בההיא הנאה דמהימן ליה מהך אבל בקבלן דאינו משתעבד בלשון אמנתא והרי הוא כלוה כאילו אין לו... מהימן ליה טפי מהך דכיון דלא הוי בלשון אמנתא קנה בלא נפש זה וכיון שעיקר שעבודו של קבלן אינו משום דבההיא הנאה ליכא לפלוגי בין קבלן דישראל לקבלן דגוי וזה פשוט בעיני

וזה מבואר בההיא סוגיא בפרק גט פשוט דגרסינן התם ערב דמשתעבד מחלוקת ר"י ור"י לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא אין הערב משתעבד אמר ליה רב אשי לאמימר והא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד אלא אמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה ע"כ אלמא לא אצטריכינן לטעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה אלא דוקא בערב שבלשון אסמכתא אבל בקבלן שאינו בלשון אסמכתא לא צריכינן להך טעמא וכן מבואר בלשון רש"י ז"ל שכתב על הא דאמרינן הלוהו ואני ערב כולן לשון ערבות הן וז"ל דהא לשון הלואה קאמר הלוהו הוא יהיה לוה ואני כורע אם לא יפרע תן לו ואני נותן כולן לשון קבלנות הם תן לו מסור הממון בידו ואני הפרענו אין כאן לשון הלואה אלא שליחותיה דהאי דקאמר תן לו עביד מלוה ע"כ אלמא לשון ערבות הוא באם לא אבל לשון קבלנות שלא באם לא וה"ל הקבלן כלוה וכיון דה"ל כלוה אין חילוק בין קבלן דישראל לקבלן דגוי והשתא אף שיסבור רבינו שמחה כההיא תוספתא שהביאו הרא"ש ונ"י בפרק איזהו נשך לא קשיא עליה דאיכא לאוקומי בערב קבלן והע"פ שהרב הנמקי ז"ל בפרק איזהו נשך כתב בשם הר"ן ז"ל דהא דשרי לישראל להיות ערב בשביל הכותי היינו דוקא ערב גרידא אבל קבלן אסור רבינו שמחה יסבור כתשובה להרשב"א ז"ל סי' רכ"ג דאף ערב קבלן מותר שלא כדברי הר"ן ז"ל

וכיון שזכינו לדין שדין רבינו שמחה אינו אלא בערב גרידא אבל לא בקבלן אמר מעתה שבנדון שלפנינו חייב ראובן לפרוע לו לשמעון מה שנתערב בעד הגוי דליכא דכ"ע כיון דמלוה זו מלוה בשטר היא כמו שנזכר בשאלה מסתמא כתבו בשטר שנעשה ראובן ערב פרעון קבלן בשביל הגוי לשמעון דלה מזה גובה רלה מזה גובה כנהוג בכל השטרו' וכיון שהוא קבלן אפי' רבינו שמחה מודה דמשתעבד כמו שהוכחתי ובלאו הכי אפוכי במחלוקת לא מפקינן והמרי' דאם רבינו שמחה חילק בין ערב דישראל לערב דגוי היינו בערב גרידא אבל לא בקבלן ועוד כיון דסברא זו דרבינו שמחה ז"ל היא דהויה אבל הפוסקים הבו דלא לוסיף עלה ודי לנו שנאמר שהמוחזק יכול לומר קים לי בערב אבל לא בקבלן וכהא דאמרינן בפרק כל הנשבעין במשנתנו דאת לה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דאע"ג דדיינינן בהא כרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו הבו דלא לוסיף עלה ולא דיינינן כן בפוגם שטרו ודכותה הכא נמי הבו דלא לוסיף עלה ולא דיינינן הכי בקבלן כ"ש שכבר הוכחתי שאף רבינו שמחה לא אמרה אלא בערב אבל לא בקבלן

ומנה שראוי שתדעהו דכל שכתוב בשטר שהוא קבלן מסתמא בלשון המועיל קאמר וכדכתבו התוס' בפרק גט פשוט והרא"ש ז"ל וה"ה ז"ל בפכ"ה מה"מ בשם הרשב"א ז"ל ואע"ג דבעל התרומות בשער ל"ה כתב שצריך לכתוב בשטר הקבלנות ואני אמרתי תן לו ואני אתן לך אבל אם כתב בסתם ערב קבלן יד בעל השטר על התחתונה אנן לא קי"ל הכי אלא כתוס' וסיעתו והבע"הת הוא יחיד בדבר הזה וכ"כ מהר"ש מעראני ז"ל בח"ב סי' ק"ב וכן אנו דנין בשע"ח שכתוב בהם שנעשה קבלן וכ"כ שם בסי' כ"ב ובח"א סי'

סי' רכ"ח והרדב"ז ז"ל במודפסות סי' קנ"ו ואפילו למ"ש הרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סי' ל"ט שדעת בעל העיטור כדעת בעה"ת ויכול המוחזק לומר קים לי כוותיהו וכ"כ מהר"ש יונה ז"ל בפירושו להלכות ערב דאע"ג דצריך לומר תרי קים לי קים לי כבעל העיטור ובעה"ת דכל שאינו כתוב בשטר ואני אמרתי תן לו ואני אתן לך אינו אלא ערב וקים לי דערב דגוי לא משתעבד כרבינו שמחה ורבינו אביגדור ז"ל ככר עלתה הסכמת רוב גדולי האחרונים ז"ל דאפילו בש"ס אין מוציאין מיד המוחזק ול"מ בש"ס אלא כל שאתה מרבה ספקות וספיקי ספיקות אין מוציאין מיד המוחזק כהסכמת מורי הרב ז"ל בח"א סי' קי"ד וחלק ח"מ סי' כ"ח וכ"ג וס"ו מ"מ אם כתוב בשטר קבלן פרען אפילו בעה"ת יודה בזה דהוי קבלן גמור כמ"ש מהר"ש מטראני ז"ל בח"א סי' רכ"ח וח"ב סי' כ"ב והרדב"ז ז"ל סי' הנז' ואפילו להרשד"ס ז"ל בסי' הנז' דאזיל לאידך גיסא דאם כתוב בשטר אני ערב קבלן פרען אפילו לדעת הרא"ש ז"ל אין לו אלא דין ערב סתם וכתב מהר"ש יונה ז"ל בפירושו להלכות ערב ז"ל שדינו של הרשד"ס ז"ל אמת כבר כתב הרדב"ז ז"ל בסי' הנז' דאם כתוב בשטר ערב קבלן וגם התנה ממי שארצה אפרע תחלה לכ"ע נפרע מהערב תחלה ועוד הרי כתב משפט צדק ח"ב סי' ע"ח דאם כתוב בשטר דלא כאסמכתא כו' אפי' לבעה"ת הוי קבלן

כללא דמילת' בנדון שלפנינו דהיא מלוה בשטר ומסתמ' כתוב בשטר ערב קבלן פרען רלה מזה גובה כו' דלא כאסמכתא כו' לית דין ולית דיין שיאמר דלא משתעבד כו' וכל זה כשאין כתוב בשטר שנשבע הערב לפרוע אם יש כאן שבוע' אין אנו צריכין לכל מ"ש דאפי' אי הוי ערב גריד' שנתערב בלשון אסמכתא לא מצי למימר קים לי כרבינו שמחה ורבינו אביגדור דכיון דאיכא שבועה אזלינן לחומרא ואע"ג דס"ל למהריב"ל דכל שהוא פלוגתא דרבוותא ונשבע קנין ואין כאן שבועה אין כאן לא הודו לו כל חיטתו וכל חבריו ו... אחריו חלקו עליו ואמרו דבמקום שבועה אינו יכול לומר קים לי וכופין אותו להשלים שבועתו והכי אזלא סוגיא דעלמא כמ"ש במקום אחר הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן צ"ד מעיר ואם בישראל שאלוניקי שנת התכ"א

מצופה מחכמות מבלי מספר מבלי תכולה מבעל מלאכה מיוחדת מקור חיים מקוה טהרה עמיה שריא כהורא החכם השלם הדיין המצויין רב וגדול בישראל מהר"ר כר"ו

אחרי הקדה וההשתחויה מרחוק אפים ארצה להדום רגליו אחת שאלתי מאת אדוני המלך ישים עיני השגחתו עלי וזו היא שימת עין כי כשקפה וגם גלתה נכפי לעלות ולראות פני האדון באותות ובמופתים מכת'אלהים כי אראה שמיו מעשה אצבעותיו והנה איש עומד לנגדי וכידו מלא לאמר העתק שאלה זו ותכתוב הדין עם מי כפי מה שתשיג ידך ותשלח אותו כנגד פני עליון הרב כר"ו לזאת יצאתי מדרך המוסר זעירא לא שאיל בשלמ' דרבה כי אמרתי אכפרה פניו במנחה כי יותר ממה שבע"ה עושה עם העני העני עושה עם בע"ה ושלום לאדוני ולכל הנלוי אליו מאדון השלום וממני מוכן לשרת בקדש יצחק קאואליירו

שעל הכתב

אל מלך יושב על כסא ההוראה אתנא דוקיקין דנורא זה סיני ועוקר הרים ומחזירן למכתשת בעולם חכמתו החכם השלם הדיין האצויין רב וגדול בישראל כמה"ר יוסף נבנשת כר"ו אחר הודו והדרו שאיומיר יע"א והלב"י

שאלה ראובן השכיר לשמעון דירה אחת של ב' בתים בסך מה לשנה ולימים השיא שמעון בתו ללוי אח ראובן והביאו לביתו שנכנסו קבורה בנכסו ואוכלים על שלחן אחד ומאז בא לוי בבית שמעון לא פרע סך שכירות שהיה פורע מקדמת דנא אלא פחות שיעור שכירות בית א' מקום דירת לוי אח"כ בא אשה בן שמעון ולקח בית במקום אחר והלך שמעון עם בנו וכנה הבית ונשארו בתי ראובן כולם ביד לוי אחיו והכולם לא תבע ראובן המגו שום שכירות ויהי כי ארכו הימים הלה ראובן והיה מהלך ככסיו שאלו לו על הבתים הנז' ואמר נתונים נתונים המה ללוי אחיו ואחר זה עברו שנים הרבה עתה ראובן רוצה למכור הבתים הנז' הודיעני נא אם לא ימצא עדות מגלוהא היא לראובן לכפור ולומר השום לא נתתי כלום אחר שלוי החזיק בבתים יותר משני חזקה ובמקום שטר עומדת ויכול לוי לטעון זמן רב יש שנתת לי הבתים בשטר קודם הגולה או לומר אחר שקמתי מהחולי כתבת לי שטר ועברו כמה שנים אח"כ ולא נזהרתי בשטרי ושכר המורה ככול מן השמים יהיה שבעתים

תשובה כבר ידעת מ"ש הריב"ש ז"ל בסי' שכ"ז הובאה בספרי הפוסקים וז"ל מסורת היא בידינו מן האחרונים ז"ל ועליהם אנו סומכים שלעולם אין חזקה מועלת אא"כ ירד מתחלה בתורת מקח והיא דבן גזלן זכן אריס לא כמו שחשבת אם שהיו דרים בבית עם אביהם בשמת אביהם נשארו שם כמו שהיו בימי אביהם דבני הג' אין להם חזקה כיון שע"כ יש להם להודות שנכנסו שעה אחת שלא בתורת מקח אלא כגון שהגזלן או האריס היה אוכל פירות השדה בחיין לבד ואחר מיתתו בא הבן והחזיק בשדה ההוא וקמ"ל שאע"פ שאין לאב חזקה מחמת גזלן או אריסות אפ"ה יש להם חזקה עכ"ל השתא בנ"ד שמשמעון חותן לוי ירד בבית בתורת שכירות ואח"כ נכנס לוי לדור עמו אין להם חזקה לעולם

אמנם הריב"ה ח"מ ריש סי' קנ"ב כתב כל אלו שאין להם חזקה בניהם יש להם חזקה אם שהיתה ביד הבן ג"ש וטוען את מכרת לי אפילו אם מודה שבא ליד אביו בתורת אומנות ואריסות ומדלא כתב אם בא הבן והחזיק ג' שנים וכתב שהיתה ביד הבן נראה שרוצה לומר שמיתות אביו שהיו דרים יחד נשארו בידו וכזה כתב הרא"ש ז"ל בפסקין פח"ה וז"ל ואפי' באותן כלים שמתנו לו כשהיה אומן והוא שהה וכן בן אומן כמי דאמר לעיל דיש לו חזקה כי אמר בפני הודה היינו אחר שהה אחר מות אביו דאל"כ אין ראיה שיהיה נאמן במגו וכ"כ התוס' לאי כמי וליכא למימר דמ"ש הריב"ה ז"ל הוא היכא דלא נודע לנו שהיה האב אומן או אריס באותה שדה אלא ע"פ הבן כנראה ממ"ש ז"ל אפילו אם מודה שראה ולא כתב אפילו אם יש עדים שראה משמע דבלא הודאתו לא היינו יודעים שאביו היה אומן או אריס אבל בידוע שירד בה ברשות בע"ה איכא דלעולם אין לו חזקה אם שהה ביד בן האומן תוזן אביו דהם כפשך לומר כך מאי אירייא הבן אפילו האב עצמו היה יכול לומר חזרתי ולקחתי במגו דמצי לומר מעיקרא בתורת מקח ירדתי וכמ"ש הרמב"ן ז"ל בספר מלחמות ה' בפירוש ונ"ל והוי יודע שאני חולק בעיקר הדין שודאי נאמן לומר חזרתי

הזרתי ולקחתי ומעיקרא לפירות ירדתי אבל לא מהמת טענה עלמה אלא מנו דהוה מצי למימר מתחלה בתורת מקח ירדתי ופך הם דברי הריב"ה ז"ל בסימן ק"ן וכתב הרמב"ן ז"ל והיכא שידוע שירד בה בתורת משכונא אין לו חזקה היי לכשלא נודע דירד ברשות יש להם חזקה ואין חולק בזה א"א ודאי דאפי' יש עדים שהיה אביו הרים איירי הריב"ה ז"ל דלבניהם יש להם חזקה ומשום דמ"ד דהיכא שלא נודע שירד אריס ברשות הוא דיש לו חזקה בטענה אתה מכרת לי משום שעוקר ירידת ברשות מעיקרא ואומר שבתורת מקח ירד תחלה אבל בנו כשאומר אתה מכרת לי אע"פ שאין עדים להכחישו מ"מ בטענתו זאת אינו כופר מה שידוע שאביו ירד ברשות א"כ גרע טענת את מכרת לי דבן מטענת מכרת לי דאב כשלא נודע שירד ברשות קמ"ל דאפ"ה יש להם חזקה וה"ט דהבן לא ירד ברשות ב"ה שהוא לא הורידו אלא הוריד לאביו ונמשך הבן אחר האב נמלא האב הוריד לבן להיות עמו אבל הבעלים לא ידעוהו פנים אל פנים להורידו ואחר פטירת האב חשוב כאלו עכשיו ירד הבן מחדש

והרשב"ס ז"ל בההיא דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו כת' וז"ל ולא דמי למשכנתא דסורא דאמר צריך למחות בסוף כל ג"ש דהתם היינו טעמא שמא לסוף זמן מרובה לא יהיו העדים זוכרים שבא לידו בתורת משכון ויכול לטעון לקוח הוא בידי משמע דכל דאם ידוע שירד ברשות שוב אין לו חזקה כהרמב"ן ז"ל וטעמיה מדהוזכרך לשכיחת העדים דאם לא כן אפילו זוכרים נמי דהא היורד ברשות יש לו חזקה אח"כ ואע"ג דגבי אין מחזיקין בנכסי א"א כתב ולא דמי לאריס דאינו יכול לומר לקחתיה אחר כך משום דהתם אריס אין זמן לאריסותו אלא כל הימים אין לדקדק מכאן הא אם היה זמן לאריסותו אע"פ שירד מתחי' ברשות יש לו חזקה מיכתב אחר זה אבל זה שלוקח מהאיש ע"מ כו התם ודאי כשמת הבעל הרי הוא כאלו ירד עכשיו מחדש לשדה אשה זו והיא שותקת ג"ש נראה בפירוש דאי לאו דחשיב ירידה חדשה לא היה לו חזקה לעולם ומדבריו למדנו דשינוי בעלים חשיב ירידה חדשה דתמה זכות לוקח ואע"פ שלא יצא מידו מוזי ירד ברשות הבעל אפ"ה יש לו חזקה כנגד האשה אף אנו נאמר דה"ה נמי בבן אריס כשמת אביו חשיב דעכשיו הוא דירד הוא בשדה זו כיון דמעיקרא לא קבל עליו אריסותו ותמה זכות אבות ופנים חדשות באו לכאן ובשאר יורד ברשות דעלמא אין להם חזקה לעולם כיון שאין שום שינוי לא בבעלים ולא ביורד וכן להרא"ש ז"ל אע"ג דבעלמא יורד ברשות אין לו חזקה כמ"ש הריב"ה ז"ל סימן ק"ן עכ"פ כתב בפסקיו דלפס בשאר א'במקום היורד ברשות יש לו חזקה ובודאי משכנתא שאני לסברתם ז"ל כדפ"ל וגם הרמב"ן ז"ל יודה בזה וע"כ לא קאמר אלא במשכנתא זו

והרב המובהק מהרש"ח ז"ל סימן כ"ח אחר שהביא דעת ר"י ברצלוני ור"ת כתב ומסברא זו נראה שהוא רשב"ס ב"כ ממ"ש בפת"ה גבי ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו עכ"ד אי מהני ליאבי שכתבתי איכא למידק דכהרמב"ן ז"ל ס"ל וכעת לא זכיתי להגיע על לשון רשב"ס ז"ל שנראה ממנו דעתו כהר"י ברצלוני ז"ל כי אין הפוסקי' מסכים אמנם בין לרשב"ס בין להרא"ש ובנו הר"י בה' ז"ל דס"ל ליורד ברשות אין להם חזקה לעולם בבנו של היורד ברשות שהיה אביו, ובשורה בידו יש להם חזקה

וביורד ראשון עצמו כתב הריב"ה ז"ל סימן קמ"ט וז"ל ירד אריס לאריסותו והיתה בידו ג' שנים

אחר כך יש לו חזקה ואפשר למר כן מדברי אביו הרא"ש ז"ל שהעתקתי לעיל גבי ירד אומן דמלא כתב ז"ל הפירוש הראשון שכתבו התוס' ז"ל משום דומיא דאריס דשבע דלאה"כ שאני אומן שהוא בכלים אחרים שהוא בקרקע כעין מ"ש הרב הנמקי ז"ל ברים שנים אוחזים בשטפה דתקנו כאן לענין תפיסה ברשות דשאני מטלטל מקרקע ע"ש והרא"ש ז"ל דכתב הפירוש השני לבד משמע דס"ל דאריס נמי כה"ג יש לו חזקה ושפיר דמי ירד אומן לירד אריס ומ"ה הריב"ה ז"ל כתב ראשונה דין ירד האריס כשהתה בידו ואח"כ ירד האומן אע"ג דבגמ' נקיט ירד אומן ברישא לאשמועינן דכי הדדי ניינהו כששהתה בידו מזמן שהיה אריס או אומן דאי ז"ה כתב ברישא ירד אומן כששהתה היה אפשר לומר דוקא אומן אבל אריס אם לא החזיק מחדש אלא ששהתה בידו אפילו ירד אין לו חזקה כמ"ש לתוס' ז"ל ואע"ג דהריב"ה ז"ל כתב בסימן ק"ן דלהרא"ש ז"ל יורד ברשות אין לו חזקה מעולם ירד מאריסותו שאני דה"ל כשאר אריס דעלמא שאינו של בתי אבות דיש לו חזקה משום דאמר עד האידנא פלגא והשתא כולה אע"ג דברשות בע"ה ירד לא איכפת לו כיון דיש שינוי מעשה שירד ה"כ שירד מאריסותו

ובזה אפשר ליישב מה שהקשה מהרש"ך ז"ל בח"א סי' כ"ב על מ"ש הריב"ה ז"ל ומדברי א"א ז"ל יראה כהרמב"ן ז"ל שהרי הרא"ש ז"ל כתב גבי ירד אומן אפי' בכלים שנתנו לו כשהיה אומן וכיון שירד ברשות אמאי יש לו חזקה אי ס"ל כהרמב"ן ומנ"אי דהרב ז"ל תפס במוגלם דלהרא"ש ז"ל אין לחלק בין קרקע למטלטלין ודמי א"כ האומן לאריס גם במה שנתנו לו כשהיה אומן דאי הוה שאני ליה הקושיא מעיקרא ליתא כמו שאין להקשות לתוס' ז"ל שכתבו דומיא דירד אריס בפירוש הא' ולא בפירוש השני ומש"ה הקשה הרב ז"ל וליכא למימר דשהתה כ"כ זמן שהוא רגילות שמחזירה שאני כמ"ש הרב מהרש"ח ז"ל סימן כ"ה ליישב קושיא זו דא"כ באריס שירד ה"ל למימר נמי הכי דאפילו נשארה בידו מזמן ראשון אם שהה זמן רב בידו יש לו חזק' ומדכתבו התוס' ז"ל פירוש כלים שנתנו לו אחר שירד דומיא דירד אריס א"כ משמע דבשהה אין לו חזקה לפירוש א' וגם משמע דלפירוש שני נמי לא דמי ירד אומן לירד אריס ומה בכך כיון דמעיקרא נמי לא דמו דזה בקרקע וזה בכלי' דאל"כ דומיא דאריס שכתבו בפירוש ראשון למה לי כיון דלפירוש שני נמי הוי דומיא דאריס אלא ודאי דרכו לבאר דעתם דלאו נמי לא דמי ירד אומן לירד אריס ובאומן דוקא הוא דמהני ליה שהה בידו זמן רב אבל באריס לא משום דס"ל דאין לו חזקה לעולם א"כ אחר שירד מאריסותו ירד בה והחזיק בה והרא"ש ז"ל שהמיט הפירוש הראשון משמע דאפילו זה נמי דמי לאריס דאפילו נשארו בידו מאז אם החזיק ג"ש יש לו חזקה ואמאי הא שירד בה ברשות ירד ושוב אין לו חזקה כמ"ש הרמב"ן ז"ל ולמאי דפרשתי אני עני ואביון דשאני ירד אריס משום דהו"ל כשאר אריס דעלמא שאינו של בתי אבות ויכול למחות ואיפא למחות ואיכא טעמא דעד האידנא פלגא ס"ל להרא"ש ז"ל דיש להם חזקה משא"כ במשכנתא וכיוצא בה דמשום דלא שייך לומר עד האידנא פלגא מודה הרא"ש ז"ל דאין לו חזקה לעולם

ובתשובה להרמב"ן ז"ל סי' י"ב כ' ז"ל אחר שיש לראובן ראיה שבא מקום שיבה זה לשמעון בתורת משכנתא אע"פי שנמשך זמן המשכונה לאחר כשירת שמעון א"א

א״ש. ללוי לטעון שחזר ולקחו מראובן לדעת הרי״ף ז״ל ונראה לע״ד דאין זה יותר מ״ש לדעת הרא״ש והריב״ה ז״ל דלא כ״כ הרמב״ן ז״ל אלא לפי מה שנשאל שלאחר פטירת שמעון החזיק לוי אחר זמן הפרעון ונראה מזה גם מלשון הקושיא שעשה שמעון שאף אחר פטירתו ישאר במקום ההוא ממושכן לירקין ימים או עשור מה שקבעו ביניהם א״כ כשישב לוי באותו מקום משעת פטירת אביו ברשות המשכן ירד כמו שמעון אביו מ״ה אפי׳ אם נמשך עוד המשכונא ונשאר ביד לוי הא״ב נ״ש אין יכול לטעון לקחתי כיון שנ״כ שמעון הורשה לשבת שם אחר פטירת אביו זמן מה ומה לי הוא מה לי אבוה מ״ה נקט בלשון השואל ובתשובה בלשון עלמו לטעון חזרתי ולקחתי ולא אמר לקחתי להור דחזרתי משמע שאיתי ענין אחר שאינו כראשון שהראשון היה בתורת משכונא ועכשיו הוא בתורת מקח וזהו חזרתי אבל לקחתי לחוד משמע דמתחלה כן היה וע״כ לומר כן דלא כללא כייל דכל שירד שמעון ברשות א״א ללוי לטעון לקחתי דבשלמא שדה או בית דאיפשר יהורו האב ובנו י״ל דאין לו חזקה כיון שבא ליד האב ברשות בנדון הריב״ש ז״ל אבל מקום ישיבת ב״ה דבחיי שמעון לא היה יושב שם לוי דמקום שהוא לא׳ אינו מחזיק לשנים נמצא שמעון לא ישב שם לוי כלל ואפי׳ בזמן שלא היה שמעון בב״ה ודאי לא ישב לוי במקו׳ ההוא דקי״ל לא ישב במקומו המיוחד לאביו להתפלל נמצא דאחר פטירת שמעון דוקא הוא דבא וישב לוי במקום אביו והחזיק ואם אפ״ה לא עלתה לו חזקה בן אריס ואומן דאמרינן דיש להם חזקה היכי משכחת לה הכא אי לאחלתו דוקא הביב הדברים האלה מוקמינן ההיא דבן אריס כגון שאחר מיתת אביהם בא הבן והחזיק כמ״ש הריב״ש ז״ל ולמ״ש לעיל בדעת הרא״ש והריב״ש ז״ל אפי׳ נכנס וירד שם עם אביו והשלה שאני שאחר מיתת אביו למי היה יושב שם מכח המשכונא עד זמן הפרעון בדפי״ל

ועוד איפשר דאפילו להריב״ש ז״ל בנ״ד עלתה לו חזקה דבשלמא אשה עם בעלה ובן עם אביו שנמשכים אחריהם מעיקרא כשהוריד ב״ה לזה ע״ד אשתו ובניו מפקיד וברשותו נכנסו לתוכה האשה עם בעלה והבן ע״י אביו משום הכי אין להם חזקה כיון ש רד ברשות אבל בנ״ד שד׳ השכור לשמעון שלא היה חותן לוי ולא שייך אדעתיה שיתחתנו ושיבא לוי לדור עם שמעון אחיו לא שייך בזה לומר ברשות ראובן נכנס לדור בבית אלא ברשות שמעון וכי אמרינן יורד ברשות אין לו חזקה היינו שירד ברשות בעל הבית המערער לא שירד ברשות אדם אחר

הגם הלום ראיתי מ״ש הרב הגדול מהרמ״ד ז״ל ח״ב סי׳ קל״א על רחל ולוי שנכנסו לדור עם דן בבית של שמעון ודן אחיה בהיות שמעון מחוץ לעיר וישבו שם ג׳ שנים אחר מיתת כן יותר משני חזקה אע״פי דלגבי דן איכא נאמנות לומר חזרתי ולקחתי ממך כיון דמתחלה דרה בבית ברשותו ואיכא פלוגתא דרבוותא אם גם לשמעון יכולה לטעון חזרתי ולקחתי ממך אחרי מות דן והחזקתי ג״ש דמה שדרה בבית ברשות דן אינו מועיל לבטל טענת חזרתי ולקחתי משמעון ע״ש

ויש לתמוה שהרמב״ן ז״ל בספר המלחמות כתב וז״ל אלא מחוורתא דשמעתא דאי ירד בה בשביל א״א לפירו׳ מחמת הבעל לעולם אין לו חזקה כדין קטן וכו׳ והבלה ג״ש משהגדיל וכן כל היורד ברשות ע״ש הרי דמה שירד ברשות הבעל מבטל טענת חזרתי ולקחתי מהאשה והתאי לא כאמר בנדון מהרמ״ד ז״ל כמו כן ואיפשר דנדון הרב ז״ל שאף שכל עת היה ביד שמעון לבטל מעשה דן ולהוציא לרחל ובנה הקולה אם ירצה לדור בבתים שלא מחמת דן א״כ רשות דן לדור ורשות שמעון לאחוז משתי א״כ בשלה דאינו יכול להיות שראתה משום ... ה״ב אמרינן אין לה כלום בפירות ומה שעשה עשוי אלא דבשותו קיימה תחתיו וכשם דלגבי בעל אין לו חזקה כך לגבי אשה דבכל מכח א׳ שהיתה שהיה נבטל הגיעו יחדיו

ועדיין כרוך נישב דברי הריב״ש ז״ל שכתבתי לעיל למ״ש מהרמ״ד ז״ל שהרי בן האריס והאשה דרה בבית שלא ברשות המערער שלא מסר בבית או ידיה אלא לאב או לבעל והם נמשכו ודרו עמהם משום ועכ״ז קרי להו הריב״ש ז״ל יורד ברשות ובשלמא אי בנדון שהרמ״ד היתה רחל ובנה לבדם דרים בבית שלא דן או היינו אומרים דן הוריד לרחל וללוי במקומו בחלקו אבל השתא שדן היה דר בבית כ״ק מחו שהיה דר עם שמעון נמצא הוריד להם בחלק שמעון אחיו ובאותו הלך דן עכשו היה יורד ברשות שמעון שהניח לו הבית והלך לו א״כ רחל ולוי ירדו לבית ע״י הרשות שנתן שמעון לדן כמו בן עם אביו ואשה עם בעלה שכתב הריב״ש ז״ל דאין להם חזקה ואין לא הא לה במהרמ״ד ז״ל ואם מתחלת היה הבית כולה מדן ובמותו ירש שמעון אחיו איפשר היה לומר שמעון הוא רשות גבי ולא יועיל בה שירד ברשות דן לבטל טענת לקחתי משמעון אע״פי שכתבתי לעיל דנראה דיורש לא קאי רשות חדא ואין כן עתה שהבית של שניהם דבחלק שמעון ירד כן ברשות לדירות לא בתורת מקח והוא הוריד לרחל ולוי ולזה נלע״ד שהרב מהרמ״ד ס״ל במושלם דבן ואשה דנגררין אחר אדוניהם בשעה שהוריד בע״ה לאריס או לשוכר כאלו הוריד להם גבניו וכיון שירדו ברשותו שוב אין להם חזקה אפילו בנ״ש אחרים כיון דעמידתם נמשכה להם מהקנות הראשון שנהגו להם אבל אדם א׳ שהורידו בע״ה לביתו בזמן שהיה לבדו דר ואחר כך נכנס לדור עמו אחר שהיה רחוק דלא הוה שייך אדעתיה בע״ה שיבא לדור עמו ומעולם לא הרשה לא דמי כנדון מהרמ״ד ז״ל אם החזיק ג״ש אחר שנסתלק היורד הא׳ עלתה לו חזקה מה שאין כן בנדון הריב״ש ז״ל דבן עם אביו ואשה עם בעלה הם עצמם היו יורדים ברשות ראשונה כמנהגיהם

ועוד איפשר לחלק דבשלמא בשעת היורד ברשות כנדון הריב״ש ז״ל הבן הנשאר בבית ביון דבשעת מיתת האב מיהא דר הבן ברשות בע״ה שירידת אביו דעדיין לא תמה רשותו דעדיין האם קי והותה שנה לא הגיע דר האב אלא הבן לבד ה״ל כאלו ירד הבן עתה לבית ועדם גמר מיתת אביו והוי יורד ברשו׳ בכני עלמו כמו אביו ולא בתורת מקח מ״ה בתב ז״ל אין לו חזקה או משום דאמר שכירות תמכר ליומיה ועד דמשלם זימניה לבנה או לאשה שמכרו הבית היא כשוכר ואפילו אחרי מותו ובנו קם תחתיו וכחו ככחו וכי היכי דלאביו לא מהניא ליה חזקה משום דמתחלה ירד ברשות כמו כן לבנו אחריו אבל בשכנה השוכר הבית והניחה והלך לו לבית אחרת לא שייך לומר דהנשאר בתוכו מכח הא׳ הוא דר דקם תחתיו כיון דהראשון בעצמו כפע משם ותמה שכירותו מעתה השני הוא ירידה חדשה וביון שהחזיק ג״ש ולא מיחה עלתה לו חזקה

ועוד איפשר היה לומר דבנ״ד כ״ע מודו דיש להם חזקה ללוי חדא דאפילו שמעון השוכר מראובן וירד בה ברשות אם עמד בבית ג״ש שלא פרע שכירות י״ל דיש לו חזקה דהא עד האידנא היה פורע שכירות מידי חדש או מידי שנה ועכשיו אינו פורע וכדאמרינן בגמ׳ גבי אריס אין לו חזקה ואוקי עד השתא פלגא והשתא כולה ומוקי לה באריסי בתי אבות הכי בהדייא דאריס שאינו של בתי אבות דהיה יכול למחות יש לו חזקה אע״ג דירד ברשות תחלה ולמ״ד דיורד ברשות אין לו חזקה לעולם קשה מכאן אם לא שנאמר דמשכנתא וכיוצא בנדון הריב״ש ז״ל דעומד המחזיק בבית ברשות

בדמעיקרא

כדמעיקרא בלי שינוי אמרינן כיון דירד ברשות אין לו חזקה אבל באריס או שוכר דהינו מעשיהם ממה שהיה מתחלה אם עתה כן נ"מ אני אומר שחזר ולקחו או מתנה נתן לו מלשתק כ"כ זמן והניחו באותו שינוי ולא מיחה בו ונרע ליה עדים וראה וכיון שמעון גופיה הי"ל חזקה כ"ש לוי אבל . הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב"י ז"ל סי' קמ"ג מחודש א' לענין חלונות כת' נ"ל למחוי כדאמרי' במשכנתא דסורא ואע"פי שמקלת רבוותא אין סוברים כן וראייתם ממ"ש גבי אומן אין לו חזקה ה"ד אי דאיכא עדים וראה מ"מ אומן דילמא כל שירד לנכסים בתורת פקדון או שאלה או שכירות דאיכא עדים וראה שכשיו אינו נאמן כו' הרי בפירוש לאותרים דיורד ברשות אין לו חזקה ל"ש שכירות תשאלה ופקדון וי"ל דשאני להו ז"ל בין שכירות לאריס שאינו של בתי אבות אע"ג דבשניהם יש שינוי דשב ואל תעשה שאני שאינו פורע ואינה מתעלמת אלא לבסוף איכא למימר דלעולם לא מכר ולא מיחה בו לתת שכירותו שרוצה לקחת אותו בבת אחת סך מה שאילא משם הוא וכליו ואין כאן אידה אבל באריס שיכול להוציאו כל זמן שירצה ואי לאו דמכר לו לא היה מניחו לאכול כל הפירות נ"מ בקום עשה על סמך שאח"כ יאכל הוא ג"כ כ"כ זמן ושיהיה מוכרח להניחו באריסותו כל אותו זמן בין יהיה נוח לו או קשה גזלן או נאמן ומדרגיהו ללקוט ג"ש שנה אחר שנה ודאי מכר לו אח"כ ואבד שטרו אחר שעברו ג"ש

וראיתי בתשוב' לה"ה מהרש"ח ז"ל סי' מ"ז על מ"ש כוסק א' דאפילו הרמ"ה והר"י ברצלוני והרשב"א ז"ל יודו דשוכר אין לו חזקה לעולם ממ"ש הנ"י פרק המקבל בשם הרשב"א ז"ל ואריס ושותף שאין לו חזקה לעולם הוא לפי שאדם עשוי להניחם בידם שאם לא היו אלו היה צריך שמי לאריס או לשותף אחר ע"כ והרב ז"ל דחה ראייתו ע"ש והי"ל לרב ז"ל לדחות בכח גדול ממ"ש הרשב"א ז"ל סוף התשובה אשר הובאה בשי' קמ"ג שרבותיו הוכיחו דכל שירד ברשות בתורת פקדון או שכירות אין לו חזקה ואין דבריהם מחוורים בעיני כו' מפורש א"כ דס"ל דבשכירות מכי טעין חורתי ולקחתי גם הרב מהרש"ח ז"ל עצמו בסי' כ"ח הביא דברי רי"ו ז"ל ני"ב ח"א משם הר"י הלוי ז"ל שכתב בשם הרי"ף ז"ל דאפי' היתה ברשותו קודם שירד מאריסותו אם החזיק אח"כ ג"ש הוי חזקה וכ"כ ר"ת וכן הדין אם היא שכורה אכלו הרי בפירוש דמאן דס"ל דיורד ברשות יש לו חזקה ה"ה בשכירות וגם הרשב"א ז"ל דלא נתחוורו בעיניו דברי רבותיו ס"ל דמכי טעין בשכירות חורתי ולקחתי דליכא למימר דלענין יורד ברשות הוכיחו דאין לו חזקה דאם כן הרשב"א ז"ל היא סברא ג' לא כר"ת ודעימיה ולא כרבותיו ומפשינן פלוגתא דלא אשכחן ועוד ה"ל להרשב"א לפרש כדברי רבותיו פקדון ושאלה כשכירות אם לא שחולק עליהם בכל מכל כל

וגם ראיתי שכתב הרב מהרש"ח ז"ל סי' מ"ז על מ"ש רשב"ם ז"ל דסתם אריס אין זמן לאריסותו טעמא דאין זמן לאריסותו הא אם יהיה אריס שיהיה זמן לאריסותו אמרינן דנאמן לומר לקחתיה אח"כ ע"כ ואשר אני אחזה לי דמ"ש אין זמן לאריסותו היינו דהמוריד אריס לתוך שדהו אינו לזמן שהוא בחיים לבד אלא אף לאחר מותו שישאר השדה לבנו יהיה הוא אריס ובגמ' אמרינן אריס אין לו חזקה בן אריס יש לו חזקה ואלו אריס בו אין לו חזקה אבל בבנו יש לו חלק אם מת בע"ה והחזיק ג"ש לא קאמר דכיון דירד ברשות מעיקרא שוב אין לו חזקה אפי' אחר מותו של בע"ה המורידו והיינו טעמא דמתמתא לכל ימי האריס הורידו משא"כ בלוק' מהבע"ה דבטודו חי יש ללוקח זכות לבד ובמותו תמה זכותו של לוקח דיש זמן לקנייהו א"כ סוף דברי רשב"ם ז"ל הם דיוקא דרישא דבריו דכתב אין זמן לאריסותו ונדקדק הא יש זמן כגון לקח מן הבעל ודוקא כה"ג דמשתנה רשות שאת המורידו ונכנס לרשות אחר ועד שעת מיתתו היתה ירידתו אבל בחיי המוריד אע"ג דעבר הזמן שקבע לו לא מכי טעין לקחתי א"כ כל שידוע דירד ברשות מעיקרא דמ"ה במשכנתא דסורא צריך למהות בסוף כל ג' שמא לא יהיו העדים זוכרים שירד ברשות כמ"ש רשב"ם ז"ל לעיל והעתקתי דבריו ואי הוה ס"ל לרשב"ם דאם קבע זמן אחר עבור זמן ההוא מכי טעין חורתי ולקחתי אפילו נודע דירד ברשות כהרמ"ה ודעמיה מה צורך שישכחו העדים שבתורת משכון ירד לתוכה הא בפי' יהיו זוכרים העדים אם לא ימחה בכל ג' וג' יטעון חורתי ולקחתי ונאמן אלא ודאי ס"ל ז"ל דכיון דידוע דירד ברשות שוב אין לו חזקה לעולם ומ"ה הוצרך לשכחת העדים ודבריו מבוארים ועשירים במקום אחר בפח"ה עצמו דף ט"ל ע"ב וז"ל י"מ טעמא דצריך למחות בסוף ג' כדי שלא יטעון אחר המחאה מכרת לי ולא נהירא דכיון דע"כ מודה דמעיקרא לאו בתורת מכירה נחת בה אינו נאמן לומר אח"כ החזקתי בתורת מכירה ע"כ

וכל זה אינו ענין לנ"ד אם היה שנתן ראובן ללוי מקום דירת שהרי ירד מסך השכירות שהיה פורע שמעון עד ההיא שעתא א"כ חלק דירתם לשמעון עצמו וללוי עצמו וגילה דעתו שלשמעון לבד השכיר הבית הא' לא ללוי א"כ לא הוי יורד ברשות כלל בבית שהיה דר שמעון חמיו אפילו אם הוא משתמש בה וגרע מבני ביתו של שוכר דאמרי' דע"ד כן הוא משכיר וראוי לומר בנ"ד דאם החזיק נ"ש אחר שכנה משם שמעון עלתה לו חזקה דמהדש ירד בה עתה אלא שבכי מ"מ בשאלה ששיעור שכירות דירת לוי פיחת לו מהשכירות שהיה פורע קודם לכן משמע דלא יחד בית כדי שידור בה לוי שא"כ הי"ל לומר שכירות בית זה שידור בה לוי איני נוטל ומדלא אמרינן ע"ד שידור לוי יחד עם חמיו כשני הבתים כאחד וא"כ ה"ל לוי בדירה שמעון יורד ברשות ועדיף מבנו של שוכר דהכא הרשה ללוי בפירוש ובאנו למחלוקת ישנה דלהרמ"ה והר"י הלוי והר"י ברצלוני ור"ת והרמב"ם ז"ל יש להם חזקה ולהרי"ף ז"ל כפי מ"ש הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' י"ב והרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב"י ז"ל סי' ק"ן מהודש ה' ולהרמב"ן ולהרא"ש וגדולי הא' רונים אין להם חזקה

הא' וגם שכפי דברי רי"ו שכתבתי לעיל וז"ל ור"י הלוי ז"ל כתב בשם רבו רב אלפס דאפי' היתה ברשותו קודם שירד מאריסותו אם החזיק אח"כ ג"ש הוי חזקה כמכא פליגי רבוותא בדעת הרי"ף ז"ל וכבר עמד על זה ה"ה מהרש"ח ז"ל סי' כ"ח והניח הדבר בצ"ע ולי אני עני והבין איפשר היה להלין בעד הרי"ו ז"ל דרא"ה וידע דברי הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל בדעת הרי"ף ז"ל ומ"ש הוא ז"ל מר"י הלוי ז"ל הוא דוקא באריס שירד מאריסותו דה"ל כשאר אריס שאינו של בתי אבות משום דאמ' עד השתא כלנא והשתא כולה דותיא דשכירות הכתוב אח"כ דמעיקרא היה כורע וזה ג"ש שלא תבע ממנו שכירות בהא כתב דלהרי"ף יש לו חזקה אבל במשכנתא ושאלה השתא כדמעיקרא לעולם אימא לך דאין להם חזקה

ואע"פי שחילוק זה איפשר לקיימו בעצמו ומתיישבים דברי רי"ו ז"ל מ"מ לבי נוקפי על דברי הנ"י פח"ה גבי מאי דאמר אם טען ואמר לפירות הורדתי וז"ל ואי כבש לשטר משכנתא כדי שנוכל לומר זמן המשכנתא לא היתה אלא ב"ש והג"ש שאכלתי יותר הוי חזקה שלקחתיו ממנו אחר המשכונא דכה"ג היה נאמן אע"פי שירד ברשות וכ"כ הרב בעל העיטור בשם הר"י הלוי ז"ל שהעיד בשם רבו

הרי"ף שיש להם חזקה ויכול לוי חזרתי ולקחתי ודברי בעה"ע
תמוהים שאפרו בדיני מחאה דב"ד ע"ש הרי דשמביאתו כתי
מעיד על הרי"ף דיש להם חזקה ולרוב הנחיצה לא יכולתי
להתיישב בזה הענין דינא לא נפקא לן מידי דבין הכי ובין
הכי מידי פלוגתא לא יצאנו כדין היורד ברשות

אמנם בניהם של יורדים ברשות שה"ז עם אביהם בחייו
ושהשה בשם אחרי מות אביהם נ"ב התו' והרא"ש
והריב"ה ס"ל דיש להם חזקה כדפי"ל דלא כהריב"ש ז"ל
ואע"פי שכתוב מסורת בידינו מגדולי האחרונים היינו ליורד
עצמו ברשות שאין לו חזקה לעולם והוסיף איהו ז"ל מדיליה
דכן הדין לבנו השומר ההיא או הבית בידו ואת"ל דרבינו
הם ד"ל מהרי"ש ז"ל הנה בנ"ד אפילו הריב"ה ז"ל יודה
דיש להם חזקה כמ"ש לעיל ולא אכניס ראשי בסלע המחלוקות
גם שלא נעלם ויוכל הרואה לראות מ"ש ה"ה מוהרח"ש ז"ל
סי' קנ"ה דהשיב הדר בתוך הבית מוחזק אע"פי שירד
ברשות והוי טעמא שלא יועיל חזקתו לה"ד וה"ה מהרי"א
ז"ל סי' שנ"ו כתב דע"כ לא קאמר הרשב"א ז"ל דמוקמינן
הקרקע ביד מי שהוא עכשיו בתוכה אלא בנדון ההוא שבמה
שהודה שמכרוהו עצמו מתר ואמר בתנאי היה אבל מ"ש
בנת' פרק השואל שאתן המשכיר לקרקע בחזקת בעליה
מעולם לא הודה המשכיר שהשכיר לו הבית להוציא השנים
שטוען השוכר יע"ש ובעיני ה"ה מוהרשד"ה ז"ל לא נראה
החילוק הי ואע"ש כרם בנ"ד אין אנו צריכין לדעת אם לוי
הוא מוחזק כיון דבפלוגתא לא איירינן כדפי"ל דאפי' הריב"ש
ז"ל יודה

ובענין אחים אם מחזיקים זה על זה הריב"ה ז"ל ריש
סימן קמ"ט כתב בשם בעל העיטור ז"ל דאחים
אינם כשותפין ומחזיקין זה על זה וכתב הרשב"א ז"ל בתשו'
סי' תתק"י הובא בב"י סי' הנז' מחודש בי' דהא דתנן לא לאב
בנכסי הבן וה"ה כו' וכן כמי אח ואחות אע"פ שאינן בדין
זה שהרי אין דרכם להשתדל ולהיות סמוכים ע"י אחיהם
ואחותיהם מ"מ לפעמים אין להם חזקה אם יראה בעיני
ב"ד שזה סמך על אח זה בעסקי נכסיו וכן הרמב"ן ז"ל
בתשובה מעתה בכ"ד לב"ד הבדק אחר שם לדעת אם
ראובן ולוי סמוך איש על אחיו בעסקי נכסיו שאם אינם
נמוכים מחזיקי' זה על זה כ"ש להר"י ברצלוני שהרי"בה
ב' זימן הנז' דבעי שיהיה כל הוכחתם ביחד שלא יחזיק א'
על חבירו דודאי בנ"ד כיון שהוכחת לוי עם שמעון אחיו
ולא עם ראובן כמ"ש בשאלה מהכי ליה חזקה בבית ראובן
גם בעל העיטור לא חילק כלל באחים משמע דמ"מ מחזיקי'
זה על זה

נשאר להיות נדון הבית הראשונה שהיה משתמש בה
לוי מאז נשא בת שמעון שפיחת ראובן משך
השכירות שהיה פורע קודם נשואי לוי אי הוי יורד ברשות
ואומר שאם יטעון לוי בתורת מתנה ירדתי אכבר שבני
הבתים נתן מעיקרא א' גופא ופרי מהיום וא' גופא מהיום
ופרי לאחר מיתה ולזה אחר בלוותו שהבתים נתונים
ללוי כלומר כבר נתונים הקדמת דנא הו. ב' הבתים גופא
ופרי מהיום ואע"פ שראובן היה גובה השכירות משמעון
וגם לוי לראובן שיגבה השכירות משמעון חמיו כי תבטחו
בושה לתבוע מחמיו שכירות הבית או כדרכ' שיהיה השכירו'
לראובן כיון דסוף סוף לא מטי ללוי הנאה מהשכירות ואף
אם מודה לוי שמעיקרא לא נתן לו ראובן הבתים כלל
אלא אחר שפנה משם שמכון אם כשנכנס לוי לדור עם חמיו
לא נודע בעדים שראובן הוריד לדור בביתו בחנם ודאי
נאמן לומר חזר ונתנם לי במתנה שהיה יכול לומר מעיקרא
בתורת מתנה ירדתי ולא לפירות

ולענין שבועה איברא שהריב"ה ז"ל ריש סימן
ק"ח כתב ששמעון המחזיק בקרקע הידוע שהיה
לראובן וטוען שלקחו והחזיק כראוי נשבע ונוטל בלא
וכתב הרב"י ז"ל דהטו"ג דלאין נשבעין על הקרקע ה"מ
שבועה דאורייתא אבל שבועת היסת נשבעין. אמנם כתוב
בהגהות אשירי מסכת מכילתא בשם א"ו ו"ל ואפי' שבועת
היסת אין נשבעין על הקרקעות ועל זה שהכינן הלכה
למעשה וכ"כ בתשובות מיימון דשייכי לספר משפטים סימן
ע"א ובתשובות הרשב"א ז"ל בב"י שאלת מי שהחזיק ג' שנים
בקרקע כראוי וטוען טענת לקח ושאלה בטרו מי מהימן
ואפי' בלי שבועה או משביעינן ליה תשובה כך השיבו
הראשונים ז"ל שאינו' אחר חזקה כלום ובודאי מבוינן ליה
ואי חזקה כשמה דבר חזק שאין אחריו כלום עכ"ל משמע
מדבריו ז"ל דאין בה שבועה מאחר אין אחריו כלום
ובפי' ההלכות טוען על מ"ש הרמב"ם ז"ל מעמידין אותו
בידו אחר שישבע היסת כתב ה"ה ז"ל זהו מכני שיש
שבועת היסת אפי' בקרקעות כמ"ש פ"ה ויש חולקים
ואומרים דכל שיש חזקה אינו נשבע דכל חזקה כשמה ע"כ
הרי דברי הרשב"א ז"ל כשורתם כתבם ה"ה ז"ל לפטרו
משבועת היסת והרב"י ז"ל סימן הנז' הביא תשובת הרשב"א
זה שהחזיק ג"ש אין מוסרין אותו לשבועה כדברי הגאון
מיהו אם רצה להחרים כו' הרי בפירוש ס"ל דלא משביעינן
ליה שום שבועה כלל וכיון דהדבר במחלוקת מצי למימר
קים לי כהרשב"א ז"ל ודעמיה דאין נשבעין על הקרקעות
אפי' שבועת היסת וכך אנו דנים תמיד הלכה למעשה לנדר
ק"י לאיפטורי משבועה ואפי' אם ימצא פוסק א' או שנים
שיאמר דיורד ברשות כנ"ד דלא הוי חזקה מ"מ לענין קים
לי חשבינן כמוחזק שהרי כתב הרשב"ן ז"ל בתשו' הובאה
בב"י ז"ל סימן ק"מ שהודין נ"ד וז"ל המחלוקת בין
המפרשים כי יש מהם שאומרים שאין חזקה למקומות בית
הכנסת ור"ת ובעל העיטור אומרים דיש להם חזקה ואם
החזיק במקום הנז' ג"ש בחיי אביהם עלתה לו חזקה ונאמן
לומר מעות יש לי עליו במגו דאי בעי אמר כו' הרי יאה ע"כ
דקי"ל דמגו להוציא לא אמרינן והנזקה כנדון הרשב"א ז"ל
היא במחלוקת ואפ"ה כתב ז"ל דנאמן במגו שלא דמה שדר
בתוכה חשיב מוחזק ולא הוציא ואמרינן מגו אע"פ שיש
מחלוקת אם יש חזקה או לא ה"נ לענין קים לי חשבינן ליה
מוחזק כיון שהוא בתוכה

ועוד דבשלמא לומר קי"ל כשיטותה דלחד וליהוי ולא
אמרינן ליה אם אינו מוחזק בודאי לב"ע אבל בנ"ד
שהיא סברת רוב הפוסקים דאין מוסרים אותו לשבועה
כדאמרינן לעיל ומכללם הרשב"א ז"ל השוב למהרי"ט
ולהרשד"ס ז"ל כנגד כל הפוסקים כמ"ש הרבה פעמים הכי'
אם יפול מחלוקת אם חשוב מוחזק מצי למימר קים לי
כשהרוב מסייעין לו וכ"כ ה"ה מהרח"ש ז"ל בסימן ה"ו
ואפי' דתפיסה לאחר שנולד הספק אי מחלוקת אי הגביה
תפיסה מצי למימר קי"ל אם הוא סברת רוב הפוסקים ולא
המיעוט ואם יאמר האומר כי רבים הם הספקות הדא אי
הוי חזקה או לא ועוד אי נשבעין על הקרקעות היסת או
לא ועוד אי אמרינן קי"ל לאיפטורי משבועה או לא
הנה כבר כתבתי במקום אחר דהדעת נוטה דכיון דבשני
ספקות מצי למימר קים לי ה"ה ג' או ד' כמ"ש

ונראה מדברי הרב הגדול מהרח"ש סימן כ"ט דאמרינן
שלשה קים לי דבנ"ד היו ב' מחלוקו' מלבד המחלוקת
בתפיסה לאחר שנולד הספק וכתב ז"ל דלא מצי למימר
קים לי משום דמספקא לן אי מהני תפיסה והוי מוחזק או
לא ואלו משום דה"ל ג' ספקות לא קאמר ואת מלאנו מפורש
בתשובות

בתשובות הרב הגדול מהרימ״ט ח״א סימן קי״ד ובג׳ סימן כ״ז דכל שאתה יכול להרבות בספקות וספיקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק ובחות לשונו ראיה לדברינו כתוב אבלי בארוכה אף אנו נאמר כן לענין שבועה דאפי׳ בכמה ספקות אין מזיזין אותו ממקומו להשביעו

ותו נלע״ד דבשלמא לזכות בממון שבידו כדי שיוכל לומר קים לי בעינן שיהא מוחזק בודאי אבל הבא להנצל משבועה שהוא שב ואל תעשה אפילו אינו מוחזק בודאי בנכסים או אינו מוחזק כלל אפ״ה מצי למימר קים לי כמאן דפטרי מן השבועה לפי שהוא מוחזק בעצמו ולא יקום לישבע ולא ירום ידו לישבע וכבר הורה זקן ה״ה מהרימ״ט ז״ל ח״א סימן קכ״א גבי קי״ל לאיפטורי משבוע׳ וז״ל ובהא מילתא היכא דהנתבע מוחזק בעצמו וזה טוען שישבע לו לא הוה פריכא לתהריב״ל ז״ל דממקומו הוא מוכרח אבל היכא דהתובע מוחזק כנ״ל שהפקיד תפוס מנכסי הנפקד ואומר השבע לי וטול בזה צריך ללמדה ממקו׳ אחר

ומנא תמיהא לה מההיא דס״פ הכותב דאר״ש כל זמן שהיא תובעת כתובתה יורשים משביעין אותה אינה תובעת כתובתה אין היורשים משביעין אותה והרי״ף פסק כת״ק ור״ח ור״ת פסקו כר״ש וכתב הרא״ש ז״ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייב׳ שבועה אע״פ שהאשה באה להוציא לא מחייבינן לה שבועה להוציא מספק עכ״ל הרב ז״ל וה״ט ודאי כיון שמחלוקת הבע״ד הוא על השבועה ומי שעליו לישבע הוא מוחזק בעצמו מ״ל קים לי כמי שפטרי מן השבועה ולא אשבע בקום עשה

כללא דמילתא הנלע״ד דזכה לוי בחזקת הבתים הנז׳ מהטעמים שכתבתי ואפילו שבועה אינו חייב ואל אלהי׳ אשים דברתי המה יעמדו למשפט והצדיקו את הצדיק ודברי אלה היו כלא היו כה אמר עבד כל יודעי דת ודין

יצחק קאואליירו

סימן צ״ה

אם לכא אמין לבו במלחמתה של תורה ואם למשפט דיינא הוא ונחית לעמקא דדינא החכם השלם הדיין המצויין דמהדרן ליה שמעתת׳ כמה״ר יצחק קאואליירו נר״ו את הרשום בכתב טפחה ימינך שאדרי בכח ראתה עיני מה נמרצו אמרי יושר אמרות טהורות אור יקרות בכל מה שפלפל כ״ת בהויות דאביי ורבא ׳ אכן ממתקים דגול מרבבה ׳ כולו מחמדים ותוכו רצוף אהבה ׳ ולהשיב תשובה מפני כבוד שמו אנא אני בא

והנה עמך שמ״עי שמועות סבורות ובמלחמתה של תורה יוצא ובא ׳ אכן כאדם הקורא בתורה והוא כתבא ׳ די רשים אקומה נא ואסובבה ׳ להתעלם ולהשתעשע באהבה וחבה ׳ ולא משתבש מאן דתני אהבה רבה ׳ ואם כי כ״ת בעוצם חכמתו האריך למעניתו הפוך בה והפוך בה ׳ אנא קטינא חריך שקי דרך קצרה אני בא ׳ כי הפנאי אינו מסכים ליאא וליתן ברובי תורותיו לסבה ׳ כי איני בן חורין להכער מהעתקת חבורי ספר כנה״ת הגדולה מהדורא שניה בתוספת מרובה ׳ ונוסף על זה עול עיון ההלכה עם החכמים השלמים אחי ורעי יום יום שוקדים על דלתי הישיבה ׃ מלבד כי סבוני שאלות רבות מאנשי היחס והמעלה הצריכין השיבה ׳ ומפני כבודם לא אוכל המלט מהשיב תשובה ׳ ועם כל זה מתוך שדברי כ״ת חביבין עלי עד מאד וערבים עלי דברי דודים במדבר בערבה ׳

לא אכתי מרועה אחר מלותיך ועזבתי כל הנז׳ לצד אחד ורבה העזובה ׳ ופניתי אני להתבסם באור תורתיך ובדבריך הנחמדים מזהב ומפז הזהב שבא

והנה כראש אמירי דבריו כתב כ״ת וליכא למימר דמ״ש הריב״ה ז״ל היכא שלא טרע לנו שהיה האב אומן כו׳ הלא ע״פ הבן כו׳ דא״כ מאי איריא הבן כו׳ וכמ״ש הרמב״ן בספר המלחמות כו׳ ע״ש דברי כ״ת ׳ ולדידי ממקומו הוא מוכרח מההיא דרבה בר שרשום בפ׳ חזקת הבתים ומההיא דמלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דפרק המקבל דמילי הוא טעמא דמ״ד דכל שירד ברשות אף ע״פ שנשלם זמן הרשות ונשארה בידו והחזיק שני חזקה שאין לו חזקה לעולם הוא מפני שידוע שירד ברשות ה״ל כמאן דאיכא עדים וראה אפילו אחר דלאו אומן לא מהימן כמ״ש הרב המקי בפרק המקבל והרשב״א בתשובה שהביא הרב ז״ל בב״י מחורשין א׳ וכיון דהוי כמאן דאיכא עדים וראה לית ליה מגו מיגה דפל דליכא עדים שידוע שירד ברשות דלא הוי כעדים וראה אלא שמפיו אנו היים דאיכא מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי נאמן ׳ מעתה לא ולמד מ״ש התלמוד בפרק חזקת הבתים גבי עובדא דרבה בר שרשום לקוחה בידי לא הכית אמרת דהא איכא קלא דארעא דיתמי הוא משמע דאי ליכא קלא מהימן אע״פ שהוא מודה שבא לידו בתורת משכנתא והשתא אם נפרש לקוחה היא בידי אחר שלקחתי׳ במשכנת׳ הנה הוא בפירוש כרון שלנו דאע״פ שמודה שבא לידו בתורת משכנתא נאמן לומר שאח״כ לקחה ואם נפרש לקוח׳ היא בידי מעיקרא בא לידי בתורת מקח ולא בתור׳ משכנת׳ מכאן ג״כ ראיה דנאמן לומר אחר שבא לידי בתורת משכנת׳ לקוחה היא בידי במגו דלהד״ת ומעיקרא בתורת מקח בא לידי וכן ההיא דפרק המקבל מלוה אומר חמש כו׳ כה״ב ממש היא

ואל זה הביט מ״ש כ״ת דמדברי רשב״ם ז״ל גבי אין לאיש חזקה בנכסי אשתו משמע דס״ל דאם ידוע שירד ברשות שוב אין לו חזקה כהרמב״ן ז״ל מדהוצרך לשכיחת העדים דאל״כ אפי׳ זוכרים נמי דהא היורד ברשות יש לו חזקה אח״כ ומהרש״ח ז״ל כתב דמדברי רשב״ם ז״ל מוכיח דס״ל כר״י ברצלוני ז״ל ומהני ליישבי שכתבתי איכא למידק כהרמב״ן ז״ל ס״ל ע״כ ׳ ובמחילה מכ״ת הן זאת לא כדקת אמנך דלא הוצרך רשב״ם ז״ל לשכיחת העדים אלא דוקא במשכנתא דשורא דבא לזכות תוך זמנו שעדיין לא נשלמו ימי המשכונה במגו דלקוחה היא בידי דהא אם העדים יהיו זוכרים שבתורת משכנתא בא לידו אינו נאמן במגו דלקוחה היא בידי דאפי׳ לדברי הר״י ברצלוני וסיעתו ז״ל דסוברים דיורד ברשות יש לו חזקה היינו בשלמו ימי המשכנתא והחזיק ג״ש אחר המשכנתא ׳

וגדולה מזאת כתב מהרש״ח ז״ל בסימן נ״ח דאפילו למהר״י ברצלוני היינו דוקא כשידוע זמן הרשות ונשלם אותו הזמן או יש לו חזקה אבל אם אין ידוע זמן הרשות ואימתי כלה זמנו לא יאמרו דיש לו חזקה והיינו שכרגא הרשב״ם ז״ל ממשכנתא דסורא לאין לאיש חזקה בנכסי אשתו משום דכולהו תוך זמן הם זה בתוך זמן המשכנתא וזה בתוך זמן היותה אשתו וצריך לחלק ביניהם אבל לעולם איתא לך דרשב״ם ז״ל סובר דאם החזיק ג״ש אחר זמן הרשות יש לו חזקה כדברי מהר״י ברצלוני ז״ל ואלא מיהו נהי דמדברי הרב ז״ל ליכא הוכחה דסובר כהרמב״ן ז״ל ובדפריגנא מ״מ מנ״ל למהרש״ח ז״ל

שיטת רשב"ם כהר"י ברצלוני ז"ל דמ"ש מהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סימן ס' דמדברי רשב"ם ז"ל גבי ירד האומן מאומנתו איכא למשמע הכי אחר ההתחלה הראויה אורכא משם יש לדקדק בהפך למתבונן בדברי רשב"ם ז"ל הטב

ויראה לע"ד שמהרש"ח מדקדק מדברי הרשב"ם שסובר כמהר"י ברצלוני ז"ל מדהוצרך ליישב משכנתא דסורא עם מאי דאמרינן אין לאיש חזקה בנכסי אשתו דהא הך סוגיא ואי דלכאורה קשיא לסברת הרמב"ן ז"ל וסיעתו וצריך לידחק ולומר דההיא דמשכנתא דסורא היא בשאינו ידוע דבתורת משכנתא בא לידו אלא ע"פ השטר וכיון דכבישא לשטריה הרי הוא כאלו אין כאן עדים ונאמן לומר לקוחה היא בידי אחר המשכנתא במגו דמעיקרא בא לידו בתורת מקח אבל אי איכא סהדי דבתורת משכנתא בא לידו אלא דכבישא לשטריה ולא ידעינן לכמה שנים משכנה בידו בין יטעון שלקחה בעודה ממושכנת בין יטעון שלקחה אחר שלם ימי הרשות אינו נאמן לסברת הרמב"ן ז"ל וקשת קשה על הרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ק"ן מחודשין א' שכתב כל שירד ברשות ואחר וטען לקוחה היא בידי בזה נחלקו גדולי הפוסקים ז"ל ש"מ שנאמן כההיא משכנתא דסורא שאע"פ שנודע מתחילה דבתורת משכנתא בא לידו אפ"ה נאמן ולא שכח תקנתא בנת' אלא במחאה ע"כ מי הגיד לרב ז"ל דבגמרא מיירי כשנודע שירד בה מתחלה בתור משכנת' כדי לחדש דין חדש דאי טעין לקוחה היא בידי נאמן ושמא מדלא מחלק בגמ' בין נודע מתחלה שירד בה בתורת משכנתא ללא נודע ש"ל דבכל גוונא איירי אפילו כשנודע שירד ברשות ואיך שיהיה לסברת הרמב"ן וסיעתו ז"ל צ"ל דמיירי בשלא נודע שירד בה בתורת משכונא אלא מפי השטר ועידי השטר מתו או אינם זכורים אם בא לידו בתורת משכנתא.

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת אמר מעתה שיפה כתב מהרש"ח ז"ל דמדברי הרשב"ם מוכיח כהר"י ברצלוני מדהוצרך ליישב משכנתא דסורא דמיירי שבא לסוף זמן מרובה לא יהיו העדים זכורי' שבתור' משכון באה לידו ויטעון לקוח הוא בידי כדי שלא יקשה ההיא דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו דאי ס"ל כדעת הרמב"ן ז"ל דכל שירד בתורת משכנתא אפילו שהחזיק שני החזקה אחר שלמו ימי המשכונה אין לו חזקה בלאו ההיא דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו כ"ל דההיא משכנתא דסורא דאמרינן בגמרא דצריך למחות בסוף כל ג' וג' הטעם הוא כדי שלא יהיו העדים זכורי' שבתורת משכון בא לידו ויטעון לקוח הוא בידי דאם ידעו דבתורת משכון בא לידו אין לו חזקה לעולם מדלא הוצרך רשב"ם ז"ל ליישב כן אלא כי היכי דלא תיקשי אמתני' דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו משמע דס"ל דאי לאו הך מתני' דאין לאיש חזקה בנכסי אשתו משכנתא דסורא מתפרשת אפי' בשידוע שבא לידו בתורת משכונא ונאמן לומר לקוח הוא בידי כדברי הר"י ברצלוני ז"ל וזה כ"ל בעד מהרש"ח ז"ל ולפי זה אין צורך לומר דההיא דכתב רשב"ם גבי אין מחזיקין בא"א ולא דמי לאריס כו' דהטעם הוא משום דהוי ירידה חשבה כמ"ש כ"ת אלא לשיטתיה אזיל דס"ל כהר"י ברצלוני ז"ל דאם החזיק שני חזקה אחר עבור ימי המשכונא עלתה לו חזקה אע"פ שחילוק כ"ת פרי' לאתרו לדעת הרא"ש והרב בעל הטורי' ז"ל

ועיין בשמ"ע סימן ק"ן אות ד'

אך קשה שהרב בעל הטורים בסימן קמ"ט ס"ל כתב ירד אריס מאריסותו ושהתה בידו ג"ש אח"כ יש לו חזקה

ואף אי כיון דאיהו ז"ל ס"ל כדעת הרמב"ן ז"ל דאין לו חזקה לעולם כמ"ש בסימן ק"ן ומחמת קושיא זו כתב רש"א דמיירי דלאחר שירד האריס מאריסותו ושחלק השדה החזיק ג' שנים אבל אין כראה משום ושהתה בידו ג"ש ומה שחלק כ"ת דאריס שירד מאריסותו שאני דהוי כאחר אריס דעלמא שאינו אריס בתי אבות דיש לו חזקה ושב בזה מה שהקשה מהרש"ך בח"א סימן כ"ב וקמ"ט דמ"ל לרב בעל הטורים ז"ל שהרא"ש ז"ל סובר כהרמב"ן ז"ל מהא כתב גבי אומן שירד מאומנותו שכל ששהתה בידו נאמן לומר לקוח הוא בידי הוא חלוק ככון נס מה שכירש בתשובה להרמב"ן ז"ל סימן י"ב לבעטור סבב דעתו כמ"ש לדעת הרמב"ן ז"ל והרא"ש ז"ל אמת ויציב

ומיהו נלע"ד שאין צורך לומר שהתנאי היה בינים שגם אחרי מותו ישאר המקום ההוא ממושכן ליורשיו ימים או שבור דאין זה במשמע דברי התשובה אלא כל שהתנאי היה שבחייו שמעון לא יוכל לפדות המקום ההוא והובן ממנו דאחר פטירת שמעון הרשות בידו לפדו' וכל שלא כראו על מקורו יבא לוי בן שמעון מכח ירושת אביו והרי הוא כאלו ראובן משכנו ללוי בן שמעון שיושב במקום שמעון אביו כל זמן שאינו כורע ק"ל

וקשיא לי בתשובה זו דמכאן נראה שדעת הרי"ף ז"ל כדעת הרמב"ן ז"ל ואלו רי"ו ז"ל בנ"ב ח"א גבי אריס כתב שדעת הרי"ף ז"ל דאפי' היתה ברשותו קודם שירד מאריסותו והחזיק ג"ש אחר שירד מאריסותו עלתה לו חזקה וכבר הוקשה לו זה למהרש"ח ז"ל סימן כ"ח והניחו בצ"ע עוד הוקשה לי דמתשובה זו נראה דסבירא ליה להרשב"א ז"ל כדעת הרי"ף והרמב"ן ז"ל גם בתשובה שהביא הרב ב"י בח"מ סימן ק"ן מחודשין ה' כתב שתי הסברות וכתב סברת הרמב"ן ז"ל באחרונ' נראה דהכי ס"ל ומה גם שכתב עליה וכן דעת הרי"ף ז"ל ואלו הרב הנמקי בפרק המקבל הביאו הרב ז"ל בב"י סימן הנז' ס"ד כתב שהרשב"א ז"ל סובר כדעת הר"י ברצלוני ז"ל דיש לו חזקה וכ"כ הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן רמ"ט והרש"ח ז"ל בסי' כ"ח ומהר"י הלוי ז"ל ומשמע לדק"ה"כ סימן ק"ן בהגהת ב"י אות א' וכ"כ הרשב"א ז"ל בפירוש בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קע"ג מחודשין א' ויראה לי דלא קשיא מידי לא מה שהקשה מהרש"ח ז"ל ולא מה שהקשיתי בתשובת הרשב"א דהמחלוקת אשר הביא הרשב"א בתשו' בסימן ק"ן אינו ענין למחלוקת הרמב"ן ז"ל ומחלוקתו דהמחלוקת שהביא הרשב"א ז"ל הוא בטוען כן תוך זמן הרשות וכדמשמע פשט לשונו על שנכנס ברשות וטען לקוחה היא בידי נחלקו גדולי הפוסקים דמשמע דתוך זמן הרשות ולאפוקי אי לאו טעמא דמשכנתא וי"א שאינו נאמן כיון שאינו אחר זמן הרשות ועל זה כתב שכן נראה דעת הרי"ף ז"ל גם מ"ש בתשובות סימן י"ב דאינו חזקה היינו דוקא בנדון שלו שטוען כן תוך זמן שנשלם זמן השכירות או המשכונה שכל זמן שלא פרעו היא ממושכנ' בידו ככי התנאי ומה גם לפי פירוש כ"ת שהתנאי היה ביניהם שגם אחר פטירתו ישאר המקום ההוא ממושכן ימים או עבור דכל כשלמו ימי הרשות וטוען חזרתי ולקחתי ממך והחזיק ג' שנים ס"ל להרשב"א ז"ל דיש לו חזקה כדברי הר"י ברצלוני ז"ל והוא הדבר אשר כתב הרב הנמקי ז"ל בשם הרשב"א ז"ל

ודבריו בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קמ"ג מחודשין א' כהגלות נגלות שהרשב"א ז"ל לא כתב בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י סימן ק"ן ובתשובו' סי' י"ב

סימן י"ב שלדעת הרי"ף שאין לו חזקה אלא דוקא בטוען כן תוך זמן כרבות לא קשה ממ"ש רי"ו ז"ל שהרי"ף סובר דיש לו חזקה דהתם הוא שטוען כן שהחזיק שני חזקה לאחר שכלמו ימי המשכנתא • ובהכי נירא נמי דמכוכות קא פסיק ותני דאין לו חזקה לדעת הרי"ף ז"ל ובתשובה שהביא הרב ז"ל סימן קי"ן כתב וכן כר' דהוא דעת הרי"ף והיינו טעמא שהוא ז"ל לא ראה שכתב כן בפירוש אלא מתוך מ"ש באריס דוס ירד מאריסותו והחזיק שני חזקה אחר שירד מאריסותו נסתפק הרב ז"ל שמא בדוקא נקט הרב ז"ל שהחזיק אחר שכלם הרבות או דילמא לאו דוקא ומפני שמדבריו מוכיחין יותר שדוקא כשכלם זמן הרבות כתב וכן נראה דעת הרי"ף ז"ל אבל במכונות הסכים דעתו בודאי דדוקא כשהחזיק אחר שכלם זמן הרבות

ומ"ל דס"ל דלהרשב"א ז"ל דהא דתניא ירד האריס מאריסותו יש לו חזקה דוקא באריס שנסתלק מאותו שדה ויצא ממנה ושוב החזיק באותו שדה בתורת מקח וכפי' ראשון שלתוס' דאלת"ה אלא דס"ל ז"ל כפירוש שני של תוס' אפי' שלא יצא מהשדה הא דכתב הרב הנמקי ז"ל בשם הרשב"א ואריס ושותף שאין להם חזקה לעולם היינו הוא לפי שאדם עשוי כו' אין לו מובן האי אריס שאין לו חזקה היכי דמי אי בעודו אריס מאי קשיא ליה למ"ש שאם החזיק שלש שנים אחר שכלם הרבות הוי חזקה מאריס דהאי אריס שלא ירד מאריסותו ואי מיירי באריס שירד מאריסותו היכי קאמר שאין לו חזקה מעולם הא תניא ירד מאריסותו יש לו חזקה אלא ודאי כ"ל דס"ל דאריס אפי' ירד מאריסותו אין לו חזקה אם לא נסתלק מהשדה וחזר וירד לתוכה והא קשיא ליה מ"ש ממשכונא דאם שלמו ימי המשכנ' אע"פי שלא נסתלק מהשדה הוי חזקה וחילק ביניהם ומה שרכה כ"ת לחלק לדעת הרי"ף ז"ל בין אריס למשכונא והאלה ולבסוף לא שוה לו מדברי הרב הנמקי גבי הא דלפירות הורדתיו כו' אין לורך לדברי הרב הנמקי בזה שרבינו ירוחם ז"ל עצמו בני"ב ח"ב כתב בשם הרי"ף ז"ל דאם אכל שני חזקה אחר שכלמו ימי המשכונא יש לו חזקה וגם ראיתי מ"ש כ"ת לחלק בין תשובת מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קל"א לתשובת הריב"ש ז"ל דסי' שפ"ז ובחנם טרח להאריך כ"כ שהחלוק הפשוט הוא דבן והשה שאני שהם נגררים אחר הדוניהם וכמ"ש כ"ת

אני טרם אכלה לדבר בזה אמורה לא וארואה מה שחילק מהרש"ך ז"ל בתשובה הנז' בין נדון דידיה לתשובת הרא"ש ז"ל דכלל כ"ט סי' ג' שהביאה הרב בעל הטורים סי' קמ"ט ס"ג דההיא דהרא"ש ז"ל כיון שהיה לוי לבדו דר בכל הבית כאדם המחזיק בשלו הי"ל לראובן הרואה למחות וכיון שלא מיחה הפסיד ואין לסמוך על מה שלא הועילה חזקתו לגבי שמעון שאיני בעיר אמנם בנדון דידיה שהיה דן דר עמה בבית אין לו חזקה בשום חלק מהבית שדיר' דן מעכבי' שלא תחזיק בשום מקום אחר תדרוך כף רגלה בבית ע"כ ונע"ד נראה שמהטעם שכתב הרא"ש ז"ל בתשובתו וז"ל היאך יאמר לא חששתי למחות כיון שאין מועיל חזקתו לגבי שמעון וכי בשביל זה ישתוק ויניח לאחר בקרקע שלו מוכח דליכא לפלוני בהכי שהטעם הוה נ"כ שייך כשדר עם השותף האחר בבית וכי בשביל זה ישתוק ויניח לאחר בקרקע שלו ועוד דאפילו כחלק החלוק ההוא בתשובת הרא"ש ז"ל בתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הב"י ז"ל בח"מ סי' קמ"ט מחוורין א' שהוא קרוב לנדון הרא"ש ז"ל לכאורה נראה דא"א לחלק כן דאותה תשובה פשטה מוכחת שהיתה אם לאה דר עמה בבתים שכתב שאפי' לאה עצמה יש לה חזקה כיון שירדה

שני חזקה מחמת דמנעה שהיתה כך היה שגב לאה ירדה שני חזקה עם אמה ואע"פי כן כתב הרב ז"ל וז"ל ואע"פי שאין לה חזקה על חלק פזה מפני שהיא אפוטרופיא מ"מ על השותף יש לו חזקה אם לא מיחה ע"כ מבואר מדבריו דלע"ב דא' מן השותפין היה דר עם המחזיק בבית עלתה חזקה למחזיק בחלק השותף האחר

ונראה שלדעת מהרש"ך ז"ל שסובר דכל שבעל הקרקע דר עם המחזיק בבית לא עלתה לו חזקה למחזיק לכ"ע בין לפירוש הרי"ף ז"ל בין לפרשב"ם ז"ל בההיא דשכוני גואי מוכרח לומר דאף בנדון הרשב"א ז"ל לא היתה לאה דר עם אמה בבית דאם לאה היתה אמה בבית מה זה שכתב הרשב"א ז"ל ואע"פי שאין לה חזקה על חלק בתה מפני שהיה אפוטרופא כו' ומה לורך לומר כיון דהיתה אפוטרו' בלאו הכי אין לה חזקה על חלק בתה מפני שהיה דר עמה בבית אלא ודאי לא היתה לאה דרה עם אמה בבית ומה שלא עלתה חזקה על חלקה מפני שהיתה אפוטרופא וכיון שמתוך דברי הרשב"א ז"ל מוכרח לומר שלא היתה דרה עם אמה בבית נדחוק לפרש מ"ש שאפי' לאה עצמה יש לה חזקה כיון שירדה שני חזקה דאם היתה יורדת קאמר ומ"מ לא ימלט הרב ז"ל מהתפיסה למה לא הביא תשו' הרשב"א ז"ל ויישבה לפי דעתו כמו שיישב תשו' הרא"ש ז"ל וכ"ל דהכא בתשובת הרשב"א ז"ל לאה ואמה היו חלוקין בעיסתן דאם לא היו חלוקין בעיסתן אע"פי שלא היתה נעשית אפוטרו' על נכסי בתה אין לה חזקה על נכסיה דהא דתנן אין לאב חזקה בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב ה"ה אב בנכסי הבת כמ"ש הריב"ש ז"ל בסי' רכ"ב בשם הרשב"א ז"ל וכן האם בנכסי הבן ובן בנכסי האם כמ"ש הרשב"א ז"ל סימן תתק"ן ובמכונות סי' כ"ג וה"ה לאם בנכסי הבת כיון דאב לאו דוקא אלא אפי' אם ובן לאו דוקא אלא אפי' בת וליכא למי' דלא אמרו דאין האב והאם מחזיקין בנכסי הבת אלא בבת פנויה לא בבת נשואה ותשובת הרשב"א ז"ל בבת נשואה היא שהרי כתב המרדכי בפרק השואל דכמו שאין לבן חזקה בנכסי האב ה"ה לחתן בנכסי חמיו ויראה דה"ה לחמיו בנכסי החתן וכרו שמלאתי בתשובה לא' מחכמי הדור חיברה דהני כתבתי עלין בספר כנסת הגדולה ויש מקום לבעל דין לחלוק ולפי זה מלינן לאוקומי תשובת הרשב"א ז"ל כשהיתה לאה נשואה ואע"פי דאפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן נעשית אפוטרופא לנקח בנכסים כבן הבית

וה"כ אחר החיפוש מצאתי תשובה זו של הרשב"א ז"ל בקובץ תשובות הרשב"א ז"ל מכ"י ושם מבואר שלאה לא היתה דרה עם אמה בבית שהקרקעות הנז' בתשובת הרשב"א ז"ל לא היו בתים אלא שדות והיו עושין פירות מ"מ מתוך התשובה מוכח דאפילו היו בתים והיתה לאה דרה עם אמה בבית א' עלתה חזקה לאמה בחלק שמעון שאחר מה שכתוב בדפוס ואע"כ שאין לה חזקה על בתה מפני שהיא אפוטרופא מ"מ על השותף יש לו חזקה אם לא מיחה כתוב בתשובה כ"י ועוד שיכולה לטעון שחלק שמעון לבדו היא שלקחה דמה שטען שמעון אין חזקה לחנאין לא אמר כלום וכי שותפין אין האחד יכול להכור חלקו ואלו היו ראובן ושמעון שותפין בקרקע אחד ואכל חלק כחלק עם ראובן מחמת שמעון וכי אין לו חזקה בכך או שאכל כולו וטען שאכל חציו מחמת שמעון שמכרו לה והחצי האחר ירד בו לאריסות מראובן בודאי יש לו חזקה שהרי ראהו שמעון אוכל חלקו והיה לו למחות ע"כ דעת שפהין ברור מכלו דאפי' היה אוכל השותף הא' עם המחזיק יש לו חזקה למחזיק כנגד השותף האחר ליברא שמדברי הרא"ש ז"ל בתשובה שלא הביא אלא החלוקה הא' שהיה המחזי' אוכל

על הקרקע היה ... מהשותפין הכי יש מקום לומר דס"ל דאם לא היה המחזיק אוכל אלא החצי והשותף האחר החצי לא עלתה לו חזקה מיהו הרשב"א ז"ל מודה שעלתה לו חזקה

וג"ל לדעת מהרש"ך ז"ל דאף הרשב"א ז"ל יודה בנידון שלו דאין לו חזקה וגוון הרשב"א ז"ל שאני שלא היו בתים שהיו דרים בהם אלא קרקע שהיה עושה פירות הפירות ההם היה לוקח השותף החצי והמחזיק החצי וכל כי הא להניח לאחר ללקוט הפירות שהו לא עבידי אינשי אם לא שמכרו לו או נתנו לו במתנה אבל בדרים שניהם בבית עביד אינש להניח לדור בבית עם השותף האחר שאין החזקה אלא בדירה וכיון שהשותף דר עמו בבית דירתו מעכבתו שלא יחזיק בשום מקום אחר תדרוך כף רגלו וזה לא שייך באוכל פירות בקרקע אפי' אוכל בשותפות עם השותף האחר ולפי זה אף הרש"ך ז"ל מודה דאם החזקה היא בלקיטת הפירות אפילו לקט עם השותף האחר עלתה לו חזקה כנגד השותף האחר

ויש לתמוה על הרב ז"ל למה לא ביאר זה דהתם כנה איבעי ליה לאודועי ועוד יש לתמוה שאין מן הטענות אשר טען לוי כנדון מהרש"ך ז"ל להחזיק הבתים ביד אמו היא שהדברים מוכיחין כן שהרי אמו דן והוא שמכירו הבתים לאביהם וגם היה אביהם פורע שכירות ושמעון ידע בכל זאת ולא מיחה וכבר עברו שני חזקה וע"כ ולמה לא השיב הרב ז"ל דמה שדרה בבית עם דן לא עלתה לה חזקה לחלק שמעון אבל ממה שהיתה לוקחת שכירות חלק שמעון עלתה לה חזקה וע"כ לומר שדעת מהרש"ך ז"ל דל"ש דבין היתה החזקה בדירה ובין היתה החזקה בלקיחת פירות כל זמן שהוא בשתוף עם השותף האחר לא עלתה לו חזקה אפי' לחלק השותף האחר ותשובת הרשב"א ז"ל הוי קושיא והוי יודע דבתשובת מהרש"ך ז"ל הנז' בכל ט"ם כת"ם שהרי אמו ודן והוא שמכירו הבתים לאביהם כו' ומי אביהם ראובן כבר מת כנו' בשאלה וצ"ל לאביה והוא יוכיח של רחל או יש להגיה לאכרהם במקום לאביהם וק"ל כל זה כתבתי לדעת מהרש"ך ז"ל אבל הכוון לפי דעתי לענין דינא שאף שא' מן השותפין דר עם המחזיק בבית עלתה לו חזקה למחזיק נחלק השותפין האחרי' אע"פ שלא עלתה לו חזקה בחלק השותף שהוא דר עמו בבית כדמוכח מה שיש להשכני נוהי לכל הפירושים

ומנו אינא לה מהא דכתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל פ"ח סי' ט' הביאה הרב ז"ל בב"י סי' קמ"ו מחו' ד' וז"ל השאלה ראובן תבע משמעון אחיו חלקו בבתים שהניח אביהם ושמעון טוען שהוא מוחזק בבתים גם אמו מהיום עשר שנים ומ"זרו שבנו בבתים כמו שא"כ עושה בשלו והשכירו מקבלתם כו' ע"כ טוען שהבתים של אמו כו' והשיב הרב ז"ל מה שטוען שמעון שהוא מוחזק בבתים גם אמו כו' אינה חזקה כיון שידוע שהבית היתה של אביהם ושמעון אינו טוען שאביו מכרם או נתנם לו או שקנא' מראובן אלא שטוען שהחזיק בהם וזו היא חזקה שאין עמה טענה כו' הנה מבואר מדבריו שאע"פי ששמעון היה דר עם אמו בבתים ... שהשאלה אומר ושמעון טוען שהוא מוחזק בבתים גם אמו מהיום עשר שנים כו' עלתה לה חזק' לאמו כנגד ראובן אי לאו משום שהיא חזקה שאין עמה טענה אבל אם היה טוען שאביו מכרם לו דהוי חזקה שיש עמה טענה הוי חזקה וכדמדייק הרב ז"ל דאם מתה האם טוענין לשמעון שאמו היתה טוענת קניתי הבתים מבני אלמא דאם היתה טוענת כן עלתה לה חזקה לגבי ראובן אע"ג דלגבי שמעון לא עלתה לו חזקה שהיה דר עמה בבית ולינא למימר דהתם בנדון הרא"ש ז"ל לא היתה שבה בטענה זו אלא הכני שאמירו מקצת הבתים לאיקנו והשכירו' דכל כי האי לא עביד איניש להניח לאחר ללקוט הפירות בשיו אע"פי שלוקט אותו בשיתוף השותף האחר ועל דרך שכתבתי למעלה להשיב תשובת הרשב"א ז"ל מכ"י עפ"י תשו' מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' קל"א הוא דא"כ נקוט מהא שיש לחלק כן שלא כדברי מהרש"ך ז"ל ועוד דהי"ל להרא"ש ז"ל לפרש הדברים ולא לסתום דהם כיהודאה אמרינן איבעי ליה לפרושי כ"ש בפוסקים

ויש ליחות לדעת מהרש"ך ז"ל דהכא נמי בתשו' הרא"ש ז"ל לא היה שמעון דר עם אמו בבית ומ"ש בשאלה ושמעון מוחזק בבית גם אמו מהיום עשר שנים ה"ק ושמעון טוען שהוא מוחזק בבתים שכבר גם אמו החזיקה מהיום עשר שנים שני חזקה לביה שלא דירת שמעון עמה ואיכשר שלזה כיון הרא"ש ז"ל בשינה הלשון השאלה וכתב מה שטוען שמעון שהוא מוחזק בבתים גם אמו מוחזקת בהם עשר שנים

אבתי כש נכון תמיהה אחת בדברי מהרש"ך ז"ל והיא זאת לפי דעתו ז"ל שכל שהשותף א' דר עם המחזיק לא עלתה חזקה למחזיק אף לאחר השותפין שאינן דרין שם אולי שיאמר דהרב ז"ל נומר דלא עלתה דירה לגבי שמעון כיון דלא עלתה לו חזקה לגבי דן והוצרך להביא ראיה מהביא השכוני נוהי תיפוק לי דלא עלתה לו חזקה לגבי בנה לוי שכפי הנראה מהשאלה כשבא רחל לדור עם בנה לוי קטן הצריך לאמו היה ולא היו חלוקין בעיסתן וכיון שלא עלתה לה חזקה לגבי בנה לוי לא עלתה לה ג"כ לדן ולשמעון ואולי בנדון מהרש"ך ז"ל אחר שגדל לוי ויצא אל אחיו לדור בבית אחרת נשארה אמו בבתים והחזיקה שני חזקה

אך קשה דמאחר שתחילת דירתה שם בבתי בעלה היתה עם לוי בנה כשהוא קטן אע"פ שהחזיקה שני חזקה אחר שהגדיל לא עלתה לה חזקה כמ"ד דאפי' ירד לנכסי קטן אע"פ שאחר שהגדיל החזיק שני חזקה לא עלתה לו חזקה ואע"ג דאיכא מ"ד דהוי חזקה והוא מחלוקת זה בטור ח"מ סימן קמ"ט כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא וכמ"ש מהרש"ך ז"ל עצמו בהו"א סימן קכ"ו ולפי זה יוצא בנדון הרב מהרש"ך ז"ל דאפילו החזיקה שני חזקה אחר מיתת דן לא הוי חזקה לגבי שמעון כיון שירד לבתים הללו בעוד לוי בנה קטן וצריך לומר שאחר שגדל לוי יצאו הוא ואמו מן הבתים ואח"כ חזרה אמו לבדה לדור בבתים עם דן אחיו וזה דוחק

ואפשר דס"ל למהרש"ך ז"ל דכמו דיורד ברשות השותף המחזיק דאע"ג דלגבי השותף שהוא שירד ברשותו לא הוי חזקה מ"מ לגבי השותף האחר שלא ירד ברשות הוי חזקה הכי נמי ביורד לנכסי קטן והחזיק ג"ש נהי דלגבי הקטן ה"ל כיורד ברשות ולא הוי חזקה לעולם לגבי השותפין האחרים ה"ל כיורד שלא ברשות ויש לו חזקה כל זה כתבתי להלין בעד מהרש"ך ז"ל השקול דעתי וסברתי ואחר כך בחפשי אמתחות איזות הפוסקים ז"ל מצאתי בתשובות הרא"ש ז"ל סימן ס' כשאל על הכיון שנשאל מהרש"ך ז"ל וראיתי שהסכים ז"ל שאפי' אם דר א' מן השותפין בבית עם המחזיק עלתה חזקה למחזיק שחלק שאר השותפין שלא היו דרים שם וגם ראיתי שם שמפרש תשו' הרא"ש דכלל פ"ח סי' ט' שהזכרתי למעלה ששמעון היה דר עם אמו בבתי' ועוד כתוב שם שהגיד לו השואל דאמו של לוי דרה שם אחר שיצא לוי משם שיש בכי העי ספקות שלשם כך כו' ועוד ראיתי כתוב בשאלה אברהם במקום אביהם ככו שהגהתי

שהניחני בתשובת מהרש"ך ז"ל אלא שראיתי לו גם כדי לומר דאפי' נאמר שתהא דירת דן כדירת שמעון ולא עלתה לו חזקה לגבי שמעון מ"מ אחר מיתת דן החזיקה האלמנה כו' ולכאורה קשה היכי מצינן למימר הכי דהא תשובת הרא"ש ז"ל דכלל כ"ח דאע"פ שמעון היה דר עם אחו בבתים כמ"ש הרב ז"ל כתב דאם מתה אחו של שמעון טענינן ליה שאחו החזיקה בבתים מחמת מכר או מתנה והויא חזקה לגבי ראובן אע"ג דלגבי שמעון שדר עמה איכא חזקה וי"ל דהרב ז"ל יפרש תשו' הרא"ש ז"ל כשראובן ואחיו חלוקין בטענתן ולהכי דירת שמעון לא הוי כדירת ראובן אבל בנדון שלו שכבר לומר דדירת דן הוי כדירת שמעון הוא בהנחה שדן ושמעון לא היו חלוקים בטענתם.

ועיני ראו מ"ש כ"ת לחלק בין שכירות למשכנתא ודברי פי חכם חן וכ"כ מורי הרב הגדול ז"ל בחלק ח"מ סימן מ' ומהראיה שהביא כ"ת מאחרים דעלמא איבראה שמה שהקשה כ"ת בזה מתשוב' הרשב"א ז"ל שהביא הרב ז"ל בסימן קע"ג שממנה נראה שאין לחלק בין שכירות למשכנתא היא קושיא חזקה ומי שלבבו פונה לומר דהרשב"א ז"ל באשגרת לישן נקט שכירות בהדי שאלה ומשכנת' כיון דלפי דעתו שיש חזקה בכולהו לא דקדק אבל אה"נ דלמפרשי' שסוברים דבמשכנתא ושאלה לית ליה חזקה בשכירות יש לו.ם חזקה הבל הביא דמלבד שזה דוחק גדול ועוד שמדברי הר"ן ז"ל בגי"ב ח"ב מוכח דאפילו לסוברים דאין לו חזקה אין לחלק בין שכירות למשכנתא ושאלה שאחר שכתב הר"י הלוי ורבו הרי"ף כתב וכן הדין אם היתה שכורה אללו ע"כ והשתא אי נימא דלסוברים דאין לו חזקה אין לחלק בין משכנתא לשכירות הוצרך לומר אחר סברת הרי"ף ז"ל וכן הדין אם היתה שכורה בדי שלא נטעה שאפי' לדברי הרי"ף ז"ל בשכירות אין לו חזקה וכמו שהוא דעת משפט צדק ח"ב סימן כ"ז ו.ובאו דבריו במהרש"ח ז"ל סימן כ"ז אבל אם נאמר דאפילו מאן דס"ל דבשאלה ומשכנתא אין להם חזקה בשכירות יש לו חזקה זה שכתב אחר סברת הרי"ף ז"ל וכן אם היתה שכורה אללו כו' הוא שפת יתר השתא למאן דס"ל דמשכנתא ושאלה דאין לו חזקה בשכירות יש לו חזקה למאן דס"ל דבמשכנתא ושאלה עלתה לו חזקה שכירות מנעיא ולא נעלם ממני מה שיש לדחות בזה אבל האמת יורה דרכו באופן שמדברי רבינו הרב ז"ל שחילק בין משכנתא לשכירות כריכין תלמוד ומ"מ לא מפני זה כלתה דבריו שקלר מלע שבלנו לרדת לעומק דבריו וגם על משפט צדק שרצה לחלק בהפך דבשכירות לכ"ע אינו חזקה קשה כמו שהקשה' כ"ת היל"ן חן בשכיותיך והשא היום אל מ"ש כ"ת ולא נעלם ממני מ"ש מהר"א ששון ז"ל בסימן קכ"ה דחשיב הדר בתוך הבית מוחזק אע"פ שירד ברשות כו' ע"כ לא מן השם הוא זה דאף דכתב כן הרב הנז' וגם נראין כן דברי משפט צדק סימן הנז' שכירד לומר כן מ"מ מהרש"ח ז"ל בסימן כ"ח כתב בשירות דמוקמינן ארעא בחזקת מריה קמא וכן מוכח מדברי הרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סימן המ"ט ורנ"ב ומורי הרב ז"ל חלק ח"מ סימן מ' ומהר"י הלוי ז"ל סי' ס' וכבר ידוע הכלל המסור בידינו מהריב"ל ח"ב סימן מ"א ומורי הרב ז"ל ח"א סימן ע"ב וקכ"א ומהרש"ך ח"א סימן קל"ג ומהרש"ח סי' כ"ד ול"ד ונ"ז ומהר"חש בתשובותיו לח"ה סימן כ"ט ומ"ו ונ"ד ומהר"י הלוי ז"ל סימן מ"א ומשפט צדק ח"א סימן י"א וח"ב סימן כ"ז ומהר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ג ומהר"א יונה ז"ל בתשובותיו סימן כ"ב ונ"ב ונ"ג ומהריב"ל ז"ל בס"א סימן ע"ז ופ"א ופ"ד דכל דאיכא פלוגתא אי בקרא מוחזק הוא לא אין לומר קים לי

כיון דבהא פליגי וכיון דלית לן למימר קים לי אית לן למיזל בתר רובא כמ"ש מהרש"ח ומהרא"ש ז"ל בסימן הנז' ואיני מטפל עכשיו כעת לחקור בנ"ד מי הם הרבים מפני דבנ"ד כ"ע מודו דיש לו חזקה וכמ"ש כ"ת ועיין בהרש"ך ח"א סימן קכ"ו ובמהר"א ששון ז"ל סימן ל"ד ובמורי הרב חלק ח"מ סי' כ"ה וע"ה

אבל תמה אני על יקרת שכלך איך לא הביט דמהרא"ש ז"ל סימן קכ"ה אין ראיה לנידון זה דהא כתב מהרא"ש ז"ל דמי שדר עכשיו בבית הוא מוחזק אלא דוקא בנ"ד והוא כנידון הרשב"א ז"ל בתשובותיו ח"א סימן אתקע"ב ובתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן כ"ט מרודפין י"ג ובסימן מ"ו מהודפין ע"ל והיא בתשובת הרשב"א ז"ל ח"ב סימן רכ"ט דלדברי כולם אפילו לפי דברי המערערי הלוקח כדין ירד שהרי המוכר החזיקו בכסף ובשטר ובחזקה אלא שטוען שתנאי היה בינו בזה כתבו הרשב"א ומהרש"ך ז"ל ומהר"א ששון ז"ל דכיון דהחזיק זה כדין לדברי כולם אלא טוען שיש לו להסתלק מחמת תנאי ומביא עדים וזה טוען שאין מכירתו מתבטלת ומביא עדים העמד קרקע בחזקת מי שהוא מוחזק עכשיו אבל בנדון שלנו שאין כאן הודעת בעל הקרקע שמכרו אלא כתובה תנאי אלא הוא אומר שלא מכרו ולא נתנו לו כלל ועיקר בהא ודאי לכ"ע אוקי ארעא בחזקת מריה ולא בחזקת מי שהוא דר בו עכשיו ואל ישיאך לבך לומר שכבר כתבו מהר"י אדרבי בסי' שכ"ה ושכ"ו דאין חילוק בין מכר לשכירות וכן כת' הרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סימן רכ"ג וכן מתבאר מדברי מהרש"ך ח"א סימן פ"ד וכן נראה לי מתשובת הרשב"א ז"ל הבילוה הרב ז"ל בח"מ סימן כ"ט שמוכח לההיא תשובה דכרכ וז"ל ראובן שכתב משכונא ת"ק על חבירו לשמעון ומתו ראובן ושמעון ויורשי ראובן טוענים שלא היתה משכונא זו אלא בתנאי שיקנה ראובן קרקע זה לאשתו וכבר קיים התנאי ונתבטל כח שטר משכונא זו ויורשי שמעון א' גם הוריש בתנאי זה ויש ליורשי ראובן עדים בתנאי זה והשיב שנאמנים העדים ואפי' כתב יין של עידי שטר המשכונא יוצא ממקום אחר לפי שאין אלו העדים מכחישים לעידי השטר אלא בירור בעיקר העדות ע"כ ואם יש לחלק בין מכר לשכירות והוא הדין במשכונא למה הוצרך נו"ר שהדין עם יורשי ראובן לפי שאין העדים מכחישים לעידי השטר תיפוק לי דאפילו יכחישו אלו לאלו הוקי תרי לגבי תרי ואוקי ארעא בחזקת ראובן הממשכן אלא ודאי אין לחלק בין מכר לשכירות וה"ה משכונא לכן הוצרך הרשב"א ז"ל לטעם שאין העדים מכחישים לעידי השטר שאם העדים מכחישים לעידי השטר אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת שמעון שהחזיקו הממשכן בכסף ובשטר ובחזקה ולדברי כולם שמעון זה כדין ירד בתורת משכונא העמד קרקע במי שהוא מוחזק וכיון דאין חילוק בין מכר לשכירות יאמר האומר דאף בנ"ד שהוא שכירות העמד קרקע בחזקת' לוי שהוא דר בו עכשיו וכמו שנראה מדברי כ"ת לאומר כן לא חש לקימקיה דמלבד דאיכא מאן דמחלק בין מכר לשכירות והוא מהר"ש הלוי ז"ל הובא במהר"י אדרבי ז"ל סוף סימן שכ"ו גם הרשד"ס ז"ל בסימן הנז' כתב שהר"ן ז"ל כתב במסכת נדרים בשם הרשב"א ז"ל שיש חילוק בין מכר לשכירות וכתב הוא ז"ל אך בנ"ד שכבר נתן השכירות נראה דהוי כמו מכר וכ"ע דלדעת הר"ן ז"ל אפילו זה לא מהני ע"כ אפי' למאן דלא מחלק בין מכר לשכירות מה ענין זה לנדון שלפנינו התם הכי קאמרי דכי היכי דבירד בתורת מכר בהלטי מוקמינן ארעא בחזקת מי שהוא מוחזק עכשיו לחלוטין הכי נמי בשכירות מוקמינן

ארעא מחזקת המוכר כל ימי זמן השכירות אבר קלנו ביניהם אבל שתי שירד בתורת שכירות ולא בתורת מכר ושניהם מודים שלא היה כאן מכר אלא שכירות שאמר שיחזור הקרקע ביד המוכר שהוא דר בו שבשיו להלוותין זה לא אזרי: הדם העולם

ובתשובת הראיתי אני מחזיק ס זה על זה הגה כ"ת כתב בזה די והנזר ועם כי בפרט הזה יש מקום עיון בדברי הר"ב העיטור והר"י ברצלוני והר' בעל העיטור ז"ל הביא דבריהם ובתשובה למהר"ם אלשקאר ז"ל סימן מ' ובמהר"ך ז"ל ח"ב סימן רל"ב ובהרא"ב סימן קט"ו וקל"ה ובמשפט צדק ח"ב סימן כ"ט ראיתי כאן לקצר שכבר הארכתי בדבריהם בספר כנה"ג חלק ח"מ סי' קמ"ט בהגהת הטור אות י"ג וי"ד וע"ג וע"ה יע"ש ומ"מ לענין דינא מי גבר יחזה ולא ירחה שבכיון שלנו לכל הסברות והפירושים אין נראין יאמר חוק

ומ"מ צריך לחקור בעובן שלנו אם ראובן השוכן בשאלה אם עשיר הוא ולוי אחיו אם עני הוא ואחיו מוכיח עליו שאם הדבר כן וראי שאין ללוי חזקה בכמה ראובן אחיו ממ"ש הרב ברצלוני שהביא הרב ה"מ סי' קמ"ט בל"ו כתב בסוף דבריו לפיכך אם כל הוכחתו ביחד אין לו ס חזקה זה על זה ולא עוד אלא אפי' אם מוכיח האח על אחיו כגון שאח אחד עשיר והשני עני ואין לו כלום והוא דר בבית מיוחד לאחיו אין יכול להחזיק בה, תו הבית ע"כ והא ודאי כשאין הוכחתם ביחד הוא דאי בהוכחתן ביחד אפילו שניהם עשירים אין מחזיקין זה על זה ועל סברא זו לא מצינו חולק שאפי' למ"ש הרב בעל העיטור בסתם דאחים אינם כשותפין ומחזיקים זה על זה אפשר במחלוקת לא מפליגין ומפרשינן דבריו כששניהם עשירים או עניים שאין האחד מוציא על האחר אבל בעשיר המוציא על העני מודה להר"י ברצלוני ז"ל דאין לעני חזקה על העשיר וכן מוכיח מדברי הרב ז"ל בספר הקצר סימן קמ"ט ס"ו כתב האחי' שאוכלים על שלחן אחד ובית אחד לכולם יש מי שאומר שאין להם חזקה זה על זה כתב יש מי שאומר לומר שמשפט דברי הרב בעל העיטור נראה שחולק על זה אבל בסעיף ח' כתב אם א' עני ואחד עשיר ואין לו כלום והיו מוכיח עליו והעני דר בבית המיוחד לאחיו אין לו בה חזקה ע"כ בכאן לא כתב יש מי שאומר שאומר ז"ל דבזה אין חילוק וכולהו מודו דאין לו חזקה

ואחר על כן אני אומר פי כפי כ"ת שכתב דעל ב"ד הצדק אחר שם מוטל לחקור אם השותפים בעזקיהם אף אני כמוך ופי כפי כ"ת דעל ב"ד הצדק אחר שם מוטל לדעת אם לוי אם עני היה ועל אחיו ראובן האליך יהבו או אין לו חזקה כלל ואם אין הדבר כן יש לו חזקה וכמו שיפה כתב כ"ת

הגם הלום ראיתי לכ"ת העמיק הרחיב לפטור את לוי אף משבועת הסת ודבריו כ,והים לבבין וישרים למוצאי דעת דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הוי חייב לישבע או לא מצי למימר קים לי כמאן דפטרינן השבועה כמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"ב סימן מ"ו והרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ה וקל"ו וק"ט והרדב"ז ז"ל בתשובה כ"י ומהר"א ששון ז"ל סימן מ"ט ומורי הרב ז"ל ח"א סימן קי"ב וקכ"א חלק ח"מ סימן ק"ז הר"י הלוי ז"ל סימן כ"ט וע"ג ומשפט צדק ח"א סימן ע"א מהרש"ח ז"ל בתשובותיו השייכות לא"ה סי' י"ו וראה מדברי כ"ת שזה תלוי במחלוקת אי אמרינן לאיפטורי משבועה או לא וכ"כ מהרש"ך ח"א סימן קי"ו וקכ"ד ובעל גדולי תרומה בדף קס"א אבל אני בעניי בתשובה אחת שכתבתי בתשובות מורי הרב ז"ל ח"א סימן קנ"א הצלתי שלא כדברי מהרש"ך ז"ל והסכים עמי מורי הרב ז"ל גם ובאותו נדון עמיו הסכימו עימי הרבנים המובהקים כמהר"ש ן' וילייטיר ומהר"ר אהרן ז"ל והבאתי לא כן ייאמר דעלמא הייני כולהו דייני ובאותה תשובה רמותי אמר לוי מה זה אינו תלוי במחלוקת דאי אמרינן מגו לאפטורי משבועה יע"ש

אך מכנס מ"ש כ"ת בתוך דבריו וז"ל ואף אם יהיה כוזק א' או בניה שיאמר שלא יורד ברשות וכו' ואין לו ראיה מ"מ לענין קים לי השביקי ליה מוחזק שהרי כתב הרשב"א ז"ל בתשובה כו' הרי דהט"ג דקי"ל דרבנן לא מוכיח לא הוי רי' וחזקה כגון הרשב"א ז"ל במחלוקת ואפ"ה כתב דנהמן במגו אלמא דמה שירד בתורת השכיר מוחזק ולא מוכיח והרי' מגו וע"נ דהיכא כלונתא גם יש לו חזקה לו ואח"כ לענין קים לי השיב כמוחזק ע"כ נוראות נפלאתי על יושר שכלך איך השבת כואת יהא לענין דינא דנת שבתיך ברור הגלו דיכול לומר קים לי כמי שפטרני מן השבועה ראיה זו דמתני' הרשב"א ז"ל אני מכיר דגבי דידן חזקת ב"ה היא מסופקת מפני המחלוקת לגבי הרשב"א ז"ל הין כאן ספק דהוא ז"ל סובר דהלכה כמ"ד דיש חזקה למקומות ב"ה ו. וזה באמת כ"ל כגון ודרך אמת וגדול כחו להכריע הוראות תלמודיות או משקול דעתו דהלכה כמ"ד דיש חזקה למקומות ב"ה הע"פי שיש חולקים ואין כאן ספק לכנין אלא ו הי' וברית אולם ובשלמא אם הרשב"א ז"ל היה מסופק בדין ומכנס ההלוקת היה אומר המע"ה היה מקו' להוכיח מדבריו דאע"ג דהחזקה היא מסופק נקרא מוחזק אבל כיון דהוא ז"ל גלוי וכנוי לפניו דיש חזקה למקומות ב"ה שכך הסכימה דעתו דכת עליון ולאידיה מקום הידוע לראובן בב"ה והחזיק בו שהמון שכי חזקה מוקמינן לשמעון במקום ההוא אין משם ראיה לקרוא מוחזק לתי דחזקתו מסופקת שהרשב"א ז"ל קראו מוחזק ע"פי סברתו דברור לו דיש לו חזקה בודאי ואינה מסופקת ועוד אפילו נודה לכ"ת דאע"ג דהרשב"א ז"ל ס"ל דאע"ג דהחזקה מסופקת זיכהו השום מגו אין להוכיח משם דה"ה לענין קים לי דהרשב"א ז"ל מכת שבוררים דמגו להוציא אמרינן כמ"ש מהרש"ח ז"ל בביאורו סי' קמ"ו וכן הכרחתי בתשובה אחת מהחלק הזה סי' ובחלק ח"מ מספר כנסת הגדולה סי' כ"ב בהגהת הטור בכללי המגו אות ן' הארכתי בזה ע"ש ועוד דאפילו לת"ד דמגו להוציא לא אמרי' ודאיכא שטרא מעליא אמרינן לה מפני זה נקרא בעל השטר מוחזק לענין קים לי דקי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי ומה שקשה על דברי המרדכי דיבמות פרק ב"ש והר"י קולון ז"ל שרש כ"ב שכתבו דשטר העומד ליגבות כגבוי דמי עמדתי על זה במקום אחר ובפירוש או אימר בדברי הרמב"ם ז"ל ש ? הל' מלוה ולוה והרשב"א ז"ל בתשובת ת"ר והרדב"ז ז"ל בנדפסות סי' קפ"ב ומהר"י הלוי ז"ל סי' י"ט דבעל השטר נקרא מוציא ולא מוחזק והרשב"א נוכיח בתשובה הביאה הרב ז"ל בס"מ סי' מ"ב מחודשין ה' כתב כן ובתשובה הנז' הכרחתי שכן דעת הר"ן ז"ל בפרק שבועת הדיינין גבי עובדא דשטרא' ניהו ובכל או העניינים יש לי מקום עיון ודקדוקי דברים,עמדתי על קצת מהם בספר כנסת הגדולה בכללי המגו ומכללי הקים לי ועל קצת מהם בתשובה אחרת וכאן אין מקום להאריך

וכיון שזכינו לדין דאע"ג דבעל השטר אינו נקרא מוחזק לענין קים לי היכא דאיכא שטרא אמרי' מגו הכי' לאפוקי והשתא כתבתי בתשובה אחרת אחר העתה דאע"כ דהרשב"א ז"ל יהיה סבור דחזקת ב"ה היא מסופקת אפ"ה ומגו להוציא לא אמרינן אין להוכיח מדבריו דאע"ג דהחזקה מסופקת נקרא מוחזק לומר קים לי הואיל וקראו מוחזק

לענין

לענין מגו להוציא לחזקה במקום שטר קיימא וכי היכי דבעל השטר אינו נקרא מוחזק לומר קים לי ואע״פ כן מלי למימר מגו להוציא א״כ בחזקה מפורקת אע״ג דלא מיקרי מוחזק לומר קים לי לענין מגו להוציא נקרא מוחזק כל זה כתבתי על הענין בעצמו אם היה אפשר אבל לא ירדתי לסוף דעת כ״ת בזה למאי הלכתא כתב כן דכיון דאין שום כפירא בדבר לכוון שלפנינו דאף אם נניח במונח שימלאו שני פוסקים שיאמרו דבכ״ד הוי יורד ברשות ולא הוי חזקה מ״מ אין צורך למ״ש כ״ת דאם אלו השני פוסקים אינם מועילים להעמיד הקרקע ביד ראובן מריה קמא אלא ביד לוי שהוא מוחזק עכשיו אע״ג דלא הוי קמא השתא ומה להעמיד הקרק׳ בחזקתו ואע״פי כי לא ביד יקח מוקמינן ליה מטעם חזקתו בה עכשיו לומר קים לי כמאן דפטרני מן השבועה שהוא תפוס בעצמו צריכא למימר ואם אלו ב׳ הפוסקים מועילים להעמיד הקרקע ביד מריה קמא מה ענין שבועה אבל לוי אפילו שרוצה לישבע וישבע לא מוקמינן קרקע בידיה סוף דבר לא ירדתי לסוף דעת כ״ת בזה אם לא משום יגדיל תורה ויאדיר וכ״הג קשה לי בתשובה אחת כ״י שמצאתי להרב החסיד כמה״ר אברהם מוטל ז״ל כתב וז״ל לענין מה שפטרתי להר׳ שמואל מן השבועה חוזרני בי מפני שהר׳ שבתי יכ״ו תובע שישבע הר׳ שמואל וכתוב בעיטור בהלכות מחאה מעשה בא לידינו ולא חייבנוהו שבועה ומסתברא דאי טעין משביעינן ליה ואי לא לא

ותמה אני על הרב ז״ל למה השיב ימינו אחור ממה שפטר להר׳ שמואל מן השבועה מפני מה שמצא להרב בעל העיטור כיון דכולהו רבוותא דסברי דאינו נשבע הוא אפילו בטענין וכדמשמע מדברי הרשב״א ז״ל וכיון דאיכא פלוגתא יכול לומר קים לי כמי שפוטרני מן השבועה וכמו שהלענו בקודם ואולי כיון דבאותו נדון היה רוצה לבנות שכנגדו ולסתום החלונות זה שבא לסתום נקרא מוחזק כמבואר בדברי מהריב״ל ז״ל ומיהו תמיה לי איך עלה על דעת הרב ז״ל לפטרו מן השבועה מכח תשובת הרשב״א ז״ל דכוון הרשב״א ז״ל ושיטתו מדברים בשיטענו שהחזיק שני חזקה ומאחר דהחזיק שני חזקה חזקה כשמה אבל בנדון הרב ז״ל שלא נתברר אם החזיק שני חזקה או לא אלא שהבא לבנות כנגד החלונות היה טוען שלא החזיק בחלונות ואף אם יבואו עדים שהיו שם החלונות קודם הבריכה בתנאי כשפתחו שכל זמן שירצה לגתמן יכול לסתמן והלך והביא ע״א שבתנאי כפתחו אבל לא נתברר שהחזיק ג״ש וכ״ל דהיה ביאור לרב ז״ל מפי המערער שהחזיק ג״ש עוד יש לתמוה על מ״ש שם בשם רבני שאלוניקי שבזמנו ובראש׳ הרב המופלא מהרח״ש ז״ל זכרם לחיי עד שהורו שחייב בעל החלונות לישבע ומהרח״ש ז״ל נתן טעם לדבריו מפני שסובר כמהריב״ל ז״ל דאין חזקה להזק ראיה ולכן אם פתח חלונות והחזיק שני חזקה ובטענה יכול חבירו לבנות כנגדו ולהגביה בניינו ולומר לבע״ה בבלי אני בונה והם נסתמו חלונותיך ואורה שלך אני ראוי לעשותו ע״כ ותמהני א״כ למה זיכה לבעל החלונות בשבועה כיון דהבא לסתום הוא מוחזק יכול לומר בבלי אני בונה על שתביא ראיה שאיני יכול לבנות ועוד כיון דבנדון ההוא ההפרש שהיה בין המחזיק והמערער הוא שהמחזיק היה אומר שפתח חלונותיו והחזיק שני חזקה והלה טוען ברשות פתחת ומה צורך לו לטעון שפתח הפותח ברשות אפי׳ פתח שלא ברשות והחזיק יכול זה לבנות ולסתום דמצי למימר קים לי כמ״ד דאין חזקה להזק ראיה ושמא המערער היה ע״ה ולא גמיר דינא וטען כן אבל אכתי קשה איך זיכה הרב ז״ל למחזיק בשבועה ולא זיכה לבונה מטעם קים לי ושמא י״ל דאה״נ אלא שבאותו נדון המערער נתרצה

בישבע המחזיק ויזכה אף שמן הדין היה הוא זוכה

עודני עומד בזה אומר שראיתי לכ״ת השוה מש׳ הרשב״א ז״ל לסברת הגהות אשירי בפ״ק דמציע דאין נשבעין על הקרקעות אפילו השת ובתחילה לא דקדק כ״ת יפה בזה דהגהות אשירי דאין נשבעין על הקרקעות בין החזיק בין לא החזיק והיא דעת ריב״ה ורשב״ט ורשב״ם כמ״ש המרדכי פרק שבועת הדיינין אבל הרשב״א ס״ל דהע״ג ישבעין על הקרקעות מדרבנן היכא שהחזיק שלש שנים אין נשבעין אלא יחרים חרם סתם וכ״כ בפירוש בתשובותיו ח״ב סימן רכ״ח והיא התשובה שהביא הרב ז״ל בב״י ח״מ ריש סימן ק״מ בקיצור וז״ל שם וחזקה כשמה שאמר גאון כך נראים הדברים שהשבועה זו קלושה מאד היא שאין נשבעין על הקרקעות דבר תורה אלא מדרבנן וזה שהחזיק ג״ש חזקתו חזקה ואין מוסרין אותו לשבועה כדברי גאון מיהו אם רצה להחרים חרם סתם על כל מי שמחזיק בשלו שלא כדין הרשו׳ בידו ע״כ הנה מפורש דהרשב״א ס״ל דנשבעין על הקרקעו׳ מדרבנן אבל כשהחזיק ג״ש דחזקה כשמו אין נשבעין ובהכי פירש מ״ש הרב ז״ל בספר הקצר ריש סי׳ ק״מ וז״ל קרקע בחזקת בעליה עומדת שקרקע הידוע לראובן בעדי שיודעים שהיה בחזקתו אפילו יום אחד והוא עתה בחזקת שמעון ומחזיק בו ואוכל פירותיו וטוען שלקחו וראובן מערער לומר שהוא גזולה בידו נאמן וישבע שבועת השת ונוטל את שלו אא״כ החזיק בו שמעון כראוי ובטענה או אין מוציאין אותו מידו אלא נשבע ועומד בשלו ע״כ וזה כדעת הרמב״ם ז״ל והרב בעל הטורים דצריך לישבע ואלו בסעיף ב׳ כתב זה שהחזיק ג״ש אין מוסרין אותו לשבועה כו׳ ע״כ והוא כדברי הרשב״א דאין נשבעין אפי׳ השת והוו תרתי דסתרן אהדדי וכמ״ש הרב בעל המפה ז״ל גם בספר ב״י כתב תשובת הרשב״א ז״ל בסתם משנה ולא ביאר שהרמב״ם והר״ב הטורי׳ ז״ל חלוקים ולפי האמור איכשר לומר שאינו סותר את עצמו דבדין ה׳ איירי בשיש עדים למערער שהיתה שלו או אפי׳ החזיק המחזיק ג״ש צריך לישבע דחזקה זו קלישא הואיל ויש עדים למערער אבל כשאין עדים למערער והחזיק המחזיק ג״ש אין מוסרין אותו לשבועה כדברי הרשב״א ז״ל וגם הדין שכתב הרב ז״ל ואם אין עדים למערער אם לא החזיק ג״ש המחזיק צריך לישבע כולן של דברים דלא כתב הרשב״א ז״ל דאין צריך לישבע אלא בהאיכא תרתי למעליותא אין עדים למערער והחזיק המחזיק שני חזקה

והוי יודע שבספר כנסת הגדולה חלק ח״מ סימן ק״מ בהגהת ב״י אות ב׳ פירשתי תשובת הרשב״א ז״ל שהביא שם הרב ז״ל כלשון הזה זה שהחזיק ג״ש אין מוסרין אותו לשבועה כדברי הגאון דהכי קאמר אין מוסרין אותו לשבוע׳ כלדברי הגאון ז״ל שסובר שמוסרין אות לשבועה והוא רבינו האיי גאון ז״ל שסובר שצריך שבועה הביאו דבריו התוס׳ והרא״ש ז״ל בפרק חזקת והמרדכי בפ׳ שבועת הדיינין ושוב ראיתי בתשובת הרשב״א ז״ל ח״ב סי׳ רל״ח שהביא שם תשובה זאת ויראה פי׳ דבריה אין מוסרין אותו לשבועה כדברי הגאון שסובר דאין מוסרין אותו לשבוע׳ וגר׳ שהרשב״א ז״ל מלא לגאון אחר שאין מוסרין אותו לשבועה ומהרש״ח ז״ל בביאורו כתב נראה שהוא הגאון שהזכיר הרמב״ן ז״ל פח״ה בשוגלא דרבה בר שרשום וכן הנמקי שם כתב לגאון שהרו ממתיבתא לכך נקרא חזקה כשמה ולא מחייב שבועה ויראה מדבריו דס״ל דלא מצינן למימר דהך גאון הוא רבינו האיי שהרי רבינו האיי גאון ז״ל סובר דנשבעין על הקרקעות מדרבנן כמ״ש התוס׳ והמרדכי והרא״ש בשמו כמ״ש לעיל וכן נראה מדברי הב״ח שכתב על סברת רשב״ם ז״ל שהיא כדברי הרשב״א ז״ל שחולק על רבינו האיי גאון ז״ל ולע״ד נראה

ועיין איפשר לומר דרב האיי גאון ז"ל שסובר דנשבעין על הקרקעות מדרבנן סובר דאין מוזרין שבועה למי שהחזיק ג"ש חזקה כשמה. שכן מצינו להרשב"א ז"ל שסובר דנשבעין על הקרקעות מדרבנן ואע"פ כן סובר דאין מוזרין שבועה למי שהחזיק ג"ש כמבואר בתשובת הרשב"א ז"ל ח"ב סי' רנ"ח וכמ"ש למעלה

וכ"ל דגם דברי רמב"ם ז"ל בכח"ה גבי עובדא דרבה בר שרום שכתב לקוחה היא בידי דהא אכלתיה שני חזקה בחיי אבוה מהימן בלא שבועה דהא אין נשבעין על הקרקעות כו' שנראה מדבריו דס"ל דאין נשבעין על הקרקעות אפילו היסת וכמו שמבינים דבריו הרא"ש ז"ל בפ' ח"ה והמרדכי פרק שבועת הדיינים איפשר לפרש כדברי הרשב"א ז"ל ממש דלעולם נשבעין על הקרקעות שבועת היסת ומ"ש מהימן בלא שבועה דהא אין נשבעין על הקרקעות לאו למימרא אפילו שבועת היסת אין נשבעין על הקרקעות בעלמא אלא ה"ק ומ"ה מהימנא אף בלא שבועת היסת דחזקה בשמה כיון דבעלמא אין נשבעין על הקרקעות אלא היסת והיכא דאיכא חזקה הוא דרבא ואפי' היסת אינו נשבע כדברי הרשב"א ז"ל בתשובה אבל א"א לפרש כן ממ"ש אח"כ ועוד דחזקה במקום שטר קיימא וגם ממה שכתב הרמב"ם ז"ל פרק י"ב גבי האומר לחבירו עבדי גנבת וז"ל רצונך השבעה לי ועול רב תא היא דקאמר ליה המחזיק למערע' שהרי פטור לגמרי מכל שבועות שבעולם דקי"ל אין נשבעין על העבדים ואינו חייב בשבועה כלל דהתם א"א לפרש שאין נשבעין שבועה דאורייתא שהרי אין נשבעין כלל קאמר ועוד אם רמב"ם ז"ל סובר דבעלמא נשבעין שבועת היסת על הקרקעו' ועל העבדים וכשהחזיק ג"ש בין בקרקעות בין בעבדי' דהוקשו לקרקעו' אין מוזרין אותו לשבוע' אין ספק דבחוק' המטלטלין וכל החזקות שהם לאלתר לא אמרינן חזקה כשמה וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' והרי רמב"ם ז"ל פירש למעלה מימרא דהאות' עבדי גנבת והוא אומר לא גנבתי אתה מכרתו לי את נתתו לי במתנה דמיירי בחזקת ג"ש או בעבד המוטל בעריסה דחזקתו לאלתר וכיון דמיירי ג"כ בחזקתו לאלתר היכי קאמר דפטור מן השבועה לגמרי הרי לא יתכן הגאון דחזקה כשמה אלא בחזקת ג"ש לא בחזקה דלאלתר וכיון דעבד המוטל בעריסה חזקתו לאלתר נשבעין עליה מדרבנן ושיהו איפשר לומר דאה"נ דבעבד המוטל בעריסה אין צורך לומר דלרבותא קאמר ליה השבעה לי אלא אי מיירי בעבדי' המהלכים לרבותא קא' והאמת יורה דרכו שדעת רמב"ם מהסוברים דאין נשבעין על הקרקעות אפילו היסת כנראה מכל זה דהסוברים דאין מוזרין שבועה למי שהחזיק ג"ש אינו מוכרח שיהיו סוברים דאין נשבעין על הקרקעו' מדרבנן אבל הסוברים דאין נשבעין על הקרקעות אפי' היסת פשיטא דכ"ש דבחזקת ג"ש אינו נשבע ואין צר' כן מדברי מהרש"ח ז"ל בביאורו ולכן כדק כ"ת במ"ש דהסוברי' דאין מוזרין שבו' למי שהחזיק ג"ש הן רבים עשה מהסוברי' דמוזרין שבועה למי שהחזיק ג"ש

אבל מה שצירף כ"ת להרשב"א עם הגהות אשירי ליתא דהגהות אשירי דעתם ז"ל דאין נשבעין על הקרקעו' אפי' היסת וכ"ש דאין מוזרין שבועה למי שהחזיק ג"ש אבל הרשב"א ז"ל סובר דנשבעין על הקרקעות מדרבנן אבל במי שהחזיק ג"ש אין מוזרין אותו לשבועה ואע"כ שאין טעמם שוה מצטרפין הם כמ"ש מהר"י קולון ז"ל בשרש מ"ב ונ"ב ונ"ב ונ"ד וק"ב ועיין גם בשרש ס"ד והרשד"ס ז"ל חלק א"ה סי' מ"ה וחלק ח"מ סי' רכ"ה ורכ"ח ות"ב הר"י הירבי ז"ל סי' רל"ו מהרש"ך ז"ל ח"א סי' י"ב בשם הרש"ט ז"ל הרא"נ"ח ז"ל ח"א סי' ב' וי"ג ומ"ה ונ"ב וע"ו וק"ט הרא"ד"ב בתשו' כ"י סי' קט"ו מורי הרב ז"ל חלק י"ד סי' ט"י הר"י הלוי ז"ל סי' י"ח ופ' וכתב הרא"נ"ח ז"ל דמהר"י איסרלאש ז"ל חולק על זה אבל מורי הרב ז"ל גם כת' דאף מהר"י איסרלאש ז"ל מודה למהר"י קולון ז"ל בזה והביא ראיה לדבריו ומ"ר יהלוי ז"ל בסי' ס"א כתב דהר"ן ז"ל חלוק על מהר"י קולון ז"ל ועיין גם בסי' ס"ה וע"ג ובפסק מהר"י ברקי ז"ל הובא בסוף ספר התרומות שנדפס בשאלוניקי ונראה מדברי מהריב"ל ז"ל ס"ב סי' מ"ב שכן דעתו ועיין בס"ג סי' ס"ב ות"ש כ"ת דבמקו' אחר כתב שהדעת נוטה דכיון דבשני ספקות מכי לתימר קים לי ה"ה בנ' או ד' ספקות כו' כמדומה שלא הגיע עדין ליד כ"ת חבורי ספר כנסת הגדולה על ח"מ שגם בסי' כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות כ"א הבאתי מ"ש מהריב"ל ז"ל בס"ג סי' ל"ג והרא"נ"ח ז"ל ח"א סי' ק"ע דאפי' למ"ד דבס"ס אין מוציאין מיד המוחזק בתלת' ספיקי מפקינן וגם כתבתי דלא נתברר אבל אם שלא ג' ספקות השנים וכתבתי שמדברי בעל משפט צדק ח"א סי' י"א ונ"ב ומדברי מהרח"ש ז"ל הובאו בספר הנז' ח"א סי' כ' נראה דה"ה אפי' בתלתא ספיקי וכ"כ בשבט מהר"י הלוי ז"ל בסי' כ"ב ועיין בספר משפט צדק ח"א סי' י"ו

איברא שאפשר לומר שדברי הר"י הלוי ז"ל הם בפלונתא דרבוותא ומיהו מורי הרב בתשו' ח"א סי' ק"ד וחח"מ סי' כ"ח ונ"ג ומ"ו כת' כל שאתה מרבה בספיקו' ושפקי ספקן מוקמינן ארעא בידיה ועם שזה מחלוקת לענין דינא לא נ"ל מידי דכיון דאיכא מרבוותא ז"ל דסברי דאפי' בספקי טובא לא מפקינן מיד המוחזק מאן מרמי ליה מידיה את זה ראיתי ונתון אל לבי ליישב וליתן בדברי כ"ת דרך שקלא וטריא

ולענין דינא יפה דן יפה הורה זיכה ללוי שיש לו חזקה מתשובת מהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קל"א ומה גם בהצטרף סברת מורי הרב ז"ל דבשכירות לכ"ע יש לו חזקה אע"פ שנראה מדברי הרשב"א ורבינו ירוחם דאין לחלק בין שכירות למשכנתא ושאלה גם על דברת שבועת האלהים יכול לומר קים לי כהרשב"א וסיעתו ז"ל דמי שהחזיק ג"ש אין מוזרין אותו לשבועה אפי' אי טעין ראובן אשתבע לי ואין לו על לוי אלא חרם סתם מתקנת הגאונים וכל זה כשהאחים הללו ראובן ולוי הם באופן שמחזיקין זה על זה הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן צ"ו

ברוצה שנת הת"ו לגביר הר' יום טוב ששאן יצ"ו

שאלה ראובן שמעון לוי ויהודה יראו מאביהם חצר א' מולקי אשר בו עליות ותחתיות ויחלקו ביניהם כי ראובן ושמעון לקחו העליות ג' חדרים ובית אחד ולוי ויהודה לקחו התחתיות כפי מה שנתפשרו ביניהם ויהי היום ויבא ערל אחד ויהרוג את שמעון הי"ן ויקומו כל האחים על הערל לנקום נקמת אחיהם מידו ואמרו לוי ויהודה לראובן שיוציא הוצאות לנקמת דם אחיהם השפוך על חלק הבתים אשר לו עמו בעליות בשותפות כו כתובים נהוכים קנויים הם לו ויהגור ראובן חרבו ויאזור חיל לנקום נקמת אחיו וה' אלהיו עמו עשה והצליח עד אשר נהרג הרוצח הערל באמצעות ההוצאות שהוציא בראות אחיו על חלק הנהרג ומהיום ההוא והלאה החזיק ראובן בחלק שמעון הנז' אשר הוא יותר משני חזקה כי היה לו בעבור ההוצא' הנז' שהוצי' בראות האחים ואין זוכר אליו

אלין דבר ואחר עבור כל הזמן הנז' קם יהודה הנז' וערער על חלקו המגיע לו בחלק הנהרג בטענתו את טעמו שהוא לא כתן רשות בהוצאה הנז' ולא חפץ בה והמוציא יוציא מכיסו כיון שלא היה ברשותו ורצונו ולכן תובע החלק המגיע לו מחלק אחיו הנהרג מהעליות וראובן המוציא הוצאות ומחזיק אומר כי לא כן בדין אלא הוא ג"כ הרשהו שיוציא על החלק הנז' לנקום נקמת אחיו מאת הגרל הרוצח כמו האחרים והראיה שהחזיק בחלק הנז' ג"ש ויותר ואין דובר אליו דבר יורינו המורה הדין עם מי ושכמ"ה •

תשובה מילתא דפשיטא היא דכל שהחזיק חזקה ראויה ויש עמה טענה חזקתו חזקה כמבואר פה"ה שמשנה ובדברי הפוסקים איברא שצריך לחקור בנ"ד שהם שני אחים אם יש להם חזקה זה על זה כשאר כל אדם או אין להם חזקה זה על זה כשותפין ואריסין ודכותייהו והרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' קמ"ט כתב וכתב בעל העיטור דאחים אינם כשותפים ומחזיקין זה על זה ע"כ

ותמה אני דמתוך דברים אלו נראה בבירור דס"ל לבעל העיטור דאחים יש להם חזקה זה על זה אפי' במה שהשותפין אין להם חזקה זה על זה ומי שיראה דברי בעל העיטור במקומם יראה דס"ל דאחים הרי הם כשותפין ובמקום ששותפין אינם מחזיקים זה על זה אין האחים מחזיקין וז"ל בעל העיטור באות מ"ם דיני מחאה דף פ"ו ע"ג השותפין מחזיקין זה על זה והא דאמ' שמואל שותף ביורד ברשות דמי אלמא אין לו חזקה אוקמה רבינא הא והא דנחית בכולה ולא קשיא דאית בה דין חלוקה מחזיקין דלית בה דין חלוקה אין מחזיקין ואיכא לפרושי איפכא דלית בה דין חלוק' מחזיקין דאית בה דין חלוקה אין מחזיקין כו' ומסתברא דה"ה לאחים דמחזיקין והא דאמרינן האחים שחלקו אין להם דרך זה על זה ה"מ תוך ג' וכו' אבל לאחר שלש דינו כשותף ומחזיקין זע"ז דאיבעי ליה למחויי ע"כ

העיקר נשאר לו לבבו יבין דכונת בעל העיטור בדברים אלו לומר דלא נימא דאע"ג דשותפין מחזיקין זה על זה לפ"א בדבר שיש בו דין חלוקה ולפירוש' בתרא בדבר שאין בו דין חלוקה אחים שאני דלא קפדי אהדדי כלל ועיקר אלא ה"ה לאחים שמחזיקין זה על זה בדבר ששותפין מחזיקין זה על זה דאי כמפרש לה הרב בעל הטורים ז"ל דס"ל לבעל העיטו' דאע"ג דשותפין אין מחזיקין זה על זה אמר כדאית ליה ולמר כדאית ליה לא היה לו לומר ומסתברא דה"ה לאחים אלא כך הי"ל לומר ומסתברא דאחים מחזיקין זה על זה אבל באמר ומסתברא דה"ה לאחים כו' נראה בפירוש דהדין שיש לשותפין יש לאחים וכן בסוף דבריו סיים אבל אחר ג' דינו כשותף ומחזיקין זה ע"ז הרי דס"ל דאחים דינם כשותפין ובקשתי להלום דברי הרב בעל העיטור כפי סברת הרב בעל הטורים ז"ל ולא נהלם לי כלל •

ושבור הייתי שט"ס נפל בדברי בעל הטורים וז"ל וכת' בעל העיטור דאחים הם כשותפין אלא שבדקתי בהרבה נוסחאו' ובכולם כתוב דאחים אינן כשותפין וכן העתיק הרב ז"ל בספר בדק הבית וכן נר' בפירוש מדברי הרב בעל הלבוש ז"ל

ועל כל הדוחק י"ל שבעל הטורים מפרש כך דברי בעל העיטור ומסתברא דה"ה לאחים שהם כשותפין שמחזיקי' זה על זה כשותפין בין שיש בה דין חלוקה בין אין בה דין חלוקה כי היכי דלפירושא קמא השותפין מחזיקין זע"ז בדבר שיש בה דין חלוקה ולפירושא קמא בדבר שאין

בו דין חלוקה הכי נמי אחים מחזיקים זה ע"ז בין בדבר שיש בו דין חלוקה בין בדבר שאין בו דין חלוקה והה"ה כאי לשני הפירושים בחלוקה דמחזיקין וכן מ"ש אבל אחר ג' דינו כשותף כך מתפרש דינו כשותף לכ' הפי' בחלוקה דמחזיקין והוא דחק הרבה וכ"ט •

ואם לחשך אדם לומר דא"ך אפשר לומר דאחים הינם כשותפין ומחזיקין זה ע"ז אפי' בדבר שהשותפין אין מחזיקין זה ע"ז אטו משום דהני אחים גרעי משותפין דעלמא הן זאת לא כדקת אטנהו דהרב בעל העיטור מיירי באחים שחלקו ירושת אביהם ומשום שהיה מקום לומר דאחים אע"פ שחלקו הרי הם כשותפין דלא קפדי אהדדי הוצרך הרב ז"ל לומר דאחים שחלקו אינן כשותפין אבל בלא חלקו והרי הם שותפין ובדבר שאין השותפין מחזיקין זה על זה גם האחים אין מחזיקין זה על זה וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ח מהלכות שותפין האחים או שאר היורשים שלא חלקו ירושת מוריהם אלא כולם משתמשים ביחד הרי הם כשותפין לכל דבר וכ"כ בפ"ט מהלכות נחלות וכן מצאתי לבעל משפט צדק ח"ב סימן כ"ט אלא שדבריו ז"ל בסימן הנז' צריכין ביאור שהוא כתב על זה וכ"כ הר"י ברצלוני ז"ל וז"ל האחים שאוכלין על שלחן א' וכיס א' לכולם הא מילתא ליתא בגמרא ומדא' שאב ובן ואשה ובעלה בן שחלק ואשה שנתגרשה הרי הם ככל אדם משמע דאחים בין חלקו בין לא חלקו הרי הם כשאר כל אדם אבל משקול הדעת יש לנו לדקדק אם אין חלוקין בעיסתן קרובים להיות כאב ובן לפיכך אם כל הוצאתם ביחד אין להם חזקה זה על זה כו' ע"כ •

ותמהני דאדרבא דברי הר"י ברצלוני ברור מללו דאחים בין חלקו בין לא חלקו מחזיקין זה הפך מה שפירש בדברי בעל העיטור ז"ל ואם שלבסוף מסיק שאין להם חזקה היינו כשאין חלוקין בעיסתן אבל אם הם חלוקים בעיסתן אפילו לא חלקו הרי הם כשאר כל אדם ואם ר"ל דבעל העיטור מודה בכשאין שותפין ואין חלוקין בעיסתן הוא דנדון דידיה זה מנין לו ועוד דהיה לו לפרש • ויראה לי דבמ"ש ז"ל להשכים דעת הרמב"ם ז"ל לדברי הר"י ברצלוני אין שום קושי שהוא ז"ל כתב דמה שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל דהגם שלא יהיה הוצאתם ביחד דאין להם חזקה היינו בנכסי השותפות אבל בשאר נכסים שאינן משותפות יש להם חזקה זה על זה ומ"ש הר"י ברצלוני ז"ל שצריך שיהיה הוצאתם ביחד הוא שלא יהיה להם חזקה כלל ולפי זה מה שנראה מדבריו ז"ל דלבעל העיטור ז"ל כשנשארו משותפין בנכסי אביהם אין להם חזקה זה על זה אפי' שלא יהיה הוצאתם ביחד מיירי להחזיק בנכסים המשותפין לא בנכסי שיש לכל א' וא' לבדו

ומיהו עדין יש לפקפק בזה היאך ליישב סברת בעל העיטור עם סברת הר"י ברצלוני ז"ל דאם נשארו משותפין ביחד אפי' שהן חלוקין בעיסתן יש להם חזקה בנכסים המשותפין איתא דהר"י ברצלוני מילתא פסיקתא קתני אם אין חלוקין בעיסתן אפי' חלקו אין להם חזקה זה על זה ואם הם חלוקים בעיסתם אפי' לא חלקו יש להם חזקה זה על זה ואם מכח הסברא אמר שהר"י ברצלוני ז"ל מודה דכל שלא חלקו אפי' הם חלוקים בעיסתם אין להם חזקה זה על זה בנכסים המשותפין היה לו לפרש ועוד סיים כלשון הזה א"כ יראה דנדון דידן אחר שהם נושאים ונותנים ביחד בעיזבון אביהם ובודאי דכיס אחד היה לכולם דאין להם חזקה זה על זה ע"כ ואמאי אצטריך למימר ובודאי דכיס אחד לכולם אפילו דלא יהיה כיס אחד לכולם כיון שהין משותפין בנכסי אביהם אין להם חזקה זה

על

על זה בנכסים המשותפין מכח הסברא דלא נרעי משותפין דעלמא וכ"ש לירוש ולומר דמ"ש בעל משפט צדק ז"ל וכן יראה דסבר הר"י ברצלוני ז"ל אגדון דידיה קאי וה"ק וכן יראה דסבר הר"י ברצלוני דבנאהו משותפין ואין חלוקים בעיסקן בנדון דידן אין להם חזקה ואע"פ דבפירוש' אתמר כן בדברי הר"י ברצלוני כתב וכן נראה מפני שאפשר לומר דלא פסיקא ליה מילתא להר"י ברצ' וני והיכי שיין למכתב קמן בשם מהרש"ך ז"ל

וכבר אתה רואה מבואר מדברי הרב בעל משפט צדק שדעתו לפרש דכוונת הר"י ברצלוני כך הך מילתא ליתא בגמרא ודאמרינן כו' משמע דאחין בין חלקו בין לא חלקו כלומר בין חלוקין בעיסקן בין אין חלוקין בעיסקם הרי הם כשאר כל אדם אמנם אע"ג דכן משמע משקול הדעת יש לנו לומר דבאין חלוקין בעיסקן אין להם חזקה זה על זה ובברייתא דנקט בן שחלק ואשה שנתגרשה ה"ה אחים שחלקו הא לא חלקו אין מחזיקין זה על זה וכן נראה מדברי מהרש"ך ז"ל ח"ב סימן רל"ב אבל מדברי הר"ש אלשקאר ז"ל סימן מ' נראה שמפרש כך והדאמרינן כו' משמע דאחין בין חלקו בין לא חלקו כלומר בין חלקו ירושת מוריהם בין לא חלקו הרי הם כשאר כל אדם אבל משקול הדעת יש לנו לדקדק דאע"פ שלא חלקו יש להם חזקה מ"מ אם אין חלוקין בעיסקן שגם הדרג' אחרת אין להם חזקה ולדברי כולם קשה לי שהיה לו לרב בעל הטורים ז"ל לשמוך דברי ר"י ברצלוני לדברי בעל העיטור ז"ל

ולכן נ"ל שדברי בעל העיטור ז"ל אינם ענין עם דברי ר"י ברצלוני שבעל העיטור מיירי באחין שחלקו בירושת אביהם וחלוקין בעיסקן ועל זה כתב דאחים אינם כשותפין ואף בדבר שהשותפין אינם מחזיקין זה ע"ז האחים מחזיקין זה על זה ואפשר שאף דעת הר"י ברצלוני יהיה כן אבל הר"י ברצלוני מיירי באחים שאינם חלוקין בעיסקן ועל זה כתב דמשקול הדעת יש לנו לומר דאין להם חזקה זה על זה אפילו בדבר שהשותפין מחזיקין זה על זה כגון שיש בה דין חלוקה או שאין בה דין חלוקה לפי הפירושים וכיון שר"י ברצלוני ז"ל מיירי בדבר שאפי' שותפין מחזיקין בו שמך הרב בעל הטורים ז"ל דבריו לאחרים ואפטרופוס שגם באלו אין חילוק בין יש בה דין חלוקה לאין בה דין חלוקה וכן מתבאר מדברי מהרש"ך ז"ל סימן הנז' •

וזה חויתי למהרש"ך ז"ל בתשו' הנז' כת' דהר"י ברצלוני ז"ל לא פסיקא ליה מילתא ולאו בפשיטו' ובירור אמר מר להך מילתו ואת"ל דבבירור ובפשיטות אמר' אפשר שהם דברי יחיד ולית דחש להו כיון דפשטא דגמרא לא משמע הכי ואפי' להר"י ברצלוני היינו כל שמחזיקין זה על זה בנכסים הידועים לכל אחד ואחד לבדו אבל בנכסים שהם מחזיקים בשותפות יחד הרי הן כשאר כל אדם ל"ש חלוקין בעיסקן או אין חלוקין בעיסקן ומוכיח זה ממאי דתנן בפ' חזקת האחין שחלקו נעל גדר ופרץ כל שהוא יש להם חזקה ואם איתא לדברי הר"י ברצלוני היכי פסיק ותני בשמא אחין שחלקו נעל גדר ופרץ יש להם חזקה אבתי אם אינן חלוקין בעיסקן אין להם חזקה ואי הוי דקתני האחין שחלקו היינו חלוקין בעיסקן א"כ היכי קאמר הא מילתא ליתא בגמרא א"כ יראה דליכא לפרושי הך מתני' לדברי הר"י ברצלוני אם לא שנחלק דמאי דקתני האחים שחלקו היינו בנכסים שהיו מחזיקין יחד בשותפות ובבה"ג לא שאני לן בין חלוקין לשאינן חלוקין כו' ע"כ

וליכא לאקשויי על הרב ז"ל דאדרבא כלפי לייא ואיפכא מסתברא דבנכסים המשותפין הסברא נותנת שאין מחזיקין זה על זה אבל בנכסים הידועים לכל א' וא' לבדו מחזיקין זה ע"ז וכמ"ש מכבו כירק ח"ב סימן הנז' דאיכא למימר בשלמא נכסים המשותפין כיון דהם נ"כ ידועים לחבירו איכא קפידא טפי ואיבעי ליה למחויי אבל בנכסים הידועים לכל א' וא' לבדו כיון דכ"ע ידעי שאין לאחיו חלק בו אין לו הקפדה עם אחיו במה שמשתמש בו דדרך האחים שלא להקפיד זה עם זה בנכסיו הידועים לו אבל כשהן בשותפות קפדי אהדדי ואית מנייהו להשתמש לבדו כדבר המשותף שמא יחזיק בני חזקה ויתהנה הדבר שהיו שותפין בו ויאמר שלא היה שותף בו או שהלוין והחזיק שני חזקה וכמו שיכא כע"ה ודמיא הא מילתא לה"ג הרמב"ם ז"ל בפרק היקת במתני' דואלו שאין להם חזקה השותפין כו' ומוקי לה רבינא דנחית לכולה ולא קשיא יאח דאית ליה דין חלוקה הא דלית ליה דין חלוק' וכתב רמב"ם ז"ל דלית בה דין חלוקה אין מחזיקין ואמתיה דרמי בר חמא ומר שקשיא ה"ה דאי משתמשין בה כל חד והד שלש שנים רצופים לא הויא חזקה כיון דלית בה דין חלוקה אלא שהיו עושים כן שמא ישתכח הדבר שלא היו שותפין בה ויחזיק בה חבירו ויאמר שלא היה שותף אלא שלקח המינו כו' זה תורף דבריו אלמא אע"ג דגבי דבר המשותף הוו קפדי אהדדי מטעם שלא ישתכח הדבר ויחזיק בה וה"ה הכא

גם ליכא לאקשויי עליה דלמה הוצרך ז"ל לומר דדברי הר"י ברצלוני ז"ל הם דברי יחיד ולית דחש להו ואת"ל דהוו הלכה יש לחלק החילוק הנז' מאחר שאפי' יהיו דברי הר"י ברצלוני ז"ל הלכה קבועה ויינו אמור. הכיון בנכסים המשותפין כנדון הרב ז"ל יש להם חזקה זה על זה כיון דהיה בהכר דין חלוקה ולא עדיף משות' דביש בה דין חלוקה ונחית לכולה שהזיקין זה על זה והר"י ברצלוני מדבר בדבר דאין בו דין חלוקה דאם חלוקין בעיסקן הכי' אין בו דין חלוקה אין מחזיקין זה על זה אבל לא בא הר"י ברצלוני ז"ל לומר דאם אין חלוקין בעיסקן יהיה להם עדיפות משות' דאפי' בדבר שיש בו דין חלוקה אין להם חזקה זה על זה דאיכא למימר דמדכתב הר"י ברצלוני ז"ל אבל אם חלוקין בעיסקן קרובים להיות כאב וכן ולא כתב קרובין להיות כשותפין נראה שכוונתו לומר דאפי' יש בו דין חלוקה אין מחזיקין ועל זה דומיא דאב ובן דלא שייך בהו לחלק בין דבר שיש בו דין חלוקה לדבר שאין בו דין חלוקה וזה כשוט

אבל אי קשיא על הרב ז"ל הא קשיא דאין הכרח להילוק שלו ממתני' דהאחין שחלקו כו' דהך מתני' להו בחזקת ג"ש ובא בטענה מיירי כדקיירי הר"י ברצלוני ז"ל אלא בשחלקו לפנינו או ע"י גורל או ע"י עילוי ובאין כל א' וא' להחזיק בחלקו כדי שלא יוכלו להזור בו.ם וכמו שכירש רמב"ם ז"ל וכבר נרגש הרב ז"ל מזה וכתב דמ"מ יש להוכי' חלוקו ולא יכולתי להלמו דאי מיירי בשחלקו לפנינו ובאין כל א' וא' להחזיק בשלו כדי שלא יוכל לחזור בו אין להוכיח חילוק הרב ז"ל דלעולם איכא לך דאחין שאינן חלוקין בעיסקן אין להם חזקה זה על זה בין בנכסים המשותפים בין בנכסים של כל א' וא' לבדו בחזקת שלש שנים ובטענה אתה הכרתו לי אתה נתתו לי במתנה ומתני' דאחין שחלקו מיירי בשבהרצו לחלוק ובאין להחזיק כל א' וא' בשלו כדי שלא יחזור בו וכותבין שטר על זה או מעמידין עדים על חזקתן דומיא דאב עם בן ואשה עם בעלה ודכוותייהו דאע"ג דאין להם חזקה זה על זה ראיה יש וכדאיתא בפח"ה

ותו קשיא לי על דברי הרב דאין חלוקו מוכרח בין כפי

מנהיגו אין אלא כפי הנחתו כפי הנחתו איכא׳ דמאי דקתני חלקו היינו שחלקו בעיסתן ואפ"ה כ׳ הר"י ברצלוני ז"ל דילת׳ ליתא בכל׳ ימים דאיפשר לפרש דמאי דקתני חלקו היינו חלקו באותפות ואעפ"י שאין חלוקין בעיסתן אבל משקול הדעת יש לנו לומר דמאי דקתני חלקו שחלקו בעיסתן אבל אם לא חלקו בעיסתן יש להם חזקה ואלא כפי הנחתו דמדברי הרב ז"ל נראה דלהר"י ברצלוני ז"ל אפי׳ חלקו כל שאין חלוקין בעיסתם אין להם חזקה זה על זה ויש לבעל דין לחלוק ולומר דלהר"י ברצלוני ז"ל תרתי בעינן לא חלקו השותפות ואינן חלוקין בעיסתן אבל חלקו השותפות אפי׳ אין חלוקין בעיסתן יש להם חזקה זה על זה דכיון דחלקו גלי אדעתייהו שרוצין להשתמש כל א׳ וא׳ בשלו ואע"פי דהר"י ברצלוני כתב בלשון הזה ומדאמרינן שאב ובן ואשה ובעלה בן שחלק ואשה שנתגרשה הרי הן כשאר כל אדם משמע דאחים בין חלקו בין לא חלקו הרי הם כשאר כל אדם אבל משקול הדעת יש לנו לדקדק דאם אין חלוקין בעיסתן אין להם חזקה זה על זה דמשמע דאמה שכתב בין חלקו בין לא חלקו קאמר דאם אין חלוקין בעיסתן אין להם חזקה זה על זה לא היה דכוונת הרב ז"ל לומר דמהתם משמע בין חלקו בין לא חלקו יש להם חזקה אפי׳ אין חלוקין בעיסתן אבל משיקול הדעת נראה דאם לא חלקו ואין חלוקין בעיסתן אין להם חזקה זה על זה ומה שלא ביאר זה הוא לפשיטות הענין דכל שחלקו יש להם חזקה זה על זה אפי׳ אין חלוקין בעיסתן וכן יש לדקדק מדברי משפט לדק סי׳ הנז׳ יע"ש ובהנחה זו אין הכרח לחילוק הרא"ד ז"ל בסברת הר"י ברצלו׳ ז"ל ממתני׳ שחלקו כו׳ וצריך להתיישב בדברי הרב ז"ל •

מעתה אני חוזר למה שהכריח הר"י ברצלוני ז"ל דמדאמרי׳ בן שחלק ואשה שנתגרשה משמע דאחין בין חלקו בין לא חלקו הרי הם כשאר כל אדם ולע"ד נראה דאין משם הכרח כלל דאע"ג דאחין דוקא חלקו אבל לא חלקו אין מחזי׳ זה על זה רותיא דשותפין ובברייתא נקט הכי לחדושא בן שחלק דס"ד אמולי אחיל גבי קבין ואשה שנתגרשה במגורש׳ ואינה מגורשת דבעלה חייב במזונותיה וכדאיתא בפ׳ חזקת ומאי דמפני כך כתב הרב ז"ל דמשיקול הדעת יש לנו לדקדק דאם אינן חלוקין בעיסתן אין להם חזקה דמשמעות הגמ׳ אינו כ"כ הכרח ותמהני ממהרא"ד ז"ל שכתב בסימן הנז׳ שדברי הר"י ברצלוני ז"ל הם דברי יחיד ולית דחש להו כיון דמפשטא דגמרא לא משמע הכי דמשמעות זה היכן הוא דמה שכתב הר"י ברצלוני ז"ל מברייתא דבן שחלק כו׳ אין כאן הכרח וכמ"ש

נמצינו למדין מכל מה שכתבתי שדעת בעל העיטור לפי דעתנו אחין הרי הן כשותפין ובמקום שהשותפין מחזיקין זה על זה אין מחזיקין זה על זה ובמקום שאין שותפין מחזיקין זה על זה גם האחים אין מחזיקין זה על זה ולדעת בעל הטורים ז"ל בדברי הרב בעל העיטור אחים מחזיקין זה על זה אפי׳ במקום שהשותפין אין מחזיקין זה על זה והיינו דוקא כשחלקו ירושת מורישן אבל כשלא חלקו אין מחזיקין זה על זה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל והיינו דוקא בממון המשותף וכדכתב משפט לדק אמנם מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב הרי הן כשותפין לכל דבר נראה דס"ל דאפי׳ בממון של כל אחד ואחד לבדו הן משותפין וכן כר׳ שהבין הרא"ל ז"ל שם בהשגתו עליו והוא חולק על זה וזה דעת החכם השלם המורה שהביא מהר"א ששון ז"ל בסי׳ קל"ל אלא שהוא ז"ל רצה להכריח מדברי הרמב"ם ז"ל מפ"ט מהלכות נחלות שאם אחד מן האחים הרויח בממון אחר אין לשאר האחין ריוח בלל מדכתב וכל שכנו ונתן כל א׳ בממון זה השכר לאמצע ע"כ ונהוה דדוקא בממון זה השכר לאמצע הא בממון אחר אין לשאר האחין חלק בו

ואני אומר דאין מכאן הכרח גמור שלפי בלשון הרמב"ם ז"ל כך הוא דאחין שלא חלקו ירושת אביהם אלא הולט ... הרי הם כשותפין לכל דבר וכן בשאר היורשים הרי הם שותפין שלבשו מורישם וכל שנשא ונתן כל אחד בממון זה השכר לאמצע והחכם הנז׳ המורה הנו׳ רולה לפרש דמ"ש וכל שנשא ונתן כל אחד וא׳ בממון זה קאי אפילו אאחין ואיכא למידק למה שנה חלוקת היורשים חלוקה בכני עלמה לערבנהו ולתנינהו כאחין או שאר היורשין כמו ששנה בפ"ח מה"ש וכ"ל מפני שחלוקת האחים היא מחולקת מחלוקת שאר היורשים דבאחין הם שותפין אפילו בממון המחולק דאחין לא קפדי אהדדי ובשאר יורשים הם שותפין בממון המשותף לא בממון המחולק ולזה שנה הרב ז"ל חלוקת היורשים חלוקה בכני עלמה למיתני עליה וכל שנשא ונתן כל אחד בממון זה השכר לאמצע הא בממון אחר השכר לעצמו משא"כ בחלוקת האחים דאפילו בממון אחר השכר לאמצע ובפ"ח מה"ש כללן בחלוקה אחת סמך אפ"ט דהלכות נחלות א"נ דכיון דשם לא כתב וכל שנשא ונתן א׳ בממון זה עירבן יחד ומה שלא ביאר החילוק סמך אפ"ט דהלכות נחלות ודברי הרב ז"ל בכ"מ פ"ח מה׳ שותפין ודברי מהר"א ששון ז"ל סי׳ קל"ה במה שהשיג להא׳ הנז׳ הם סתומים וחתומים עמדתי עליהם בספר כנ"ה ח"מ הלק ח"מ סי׳ קע"ו

היוצא מכלל האמור שאיכשר להבין בדברי הרמב"ם ז"ל שהם שותפין בממון המחולק נ"כ ואם נכך לומר דאפילו נימא הכי היינו לענין הריוח שירויחו באותו ממון אבל להחזיק זה על זה לא א"כ היאך הוכיח משפט לדק בסי׳ הנז׳ שדעת הרמב"ם ז"ל כדעת בעל העיטור דכל שלא חלקו אין להם חזקה זה על זה בממון המשותף נימא דהרמב"ם ז"ל מיירי לענין הריוח שירויחו בממון המשותף לא להחזיק זה על זה אם לא שנחלק ונאמר דבממון המשותף הרי הם כשותפין לכל דבר אפילו להחזיק זה על זה ובממון המחולק שותפין לענין הריוח אבל לא לענין חזקה ויותר ולדעת הר"י ברצלוני ז"ל לדעת הרא"ד בין חלקו בין לא חלקו כל שאין חלוקים בעיסתן אין להם חזקה זה על זה בממון של כל א׳ וא׳ לבדו אבל בממון המשותף יש להם חזקה ולדעת משפט לדק חילוף הדברים ולכי דעתנו דוקא כל שלא חלקו אבל חלקו אפילו אין חלוקין בעיסתן יש להם חזקה (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות הרא"ד ז"ל וראיתי בסי׳ מ׳ שהבין כדברי הר"י ברצלוני ז"ל דהכל תלוי באם חלוקין בעיסתן או אין חלוקים כדברי מהרא"ד ומשפט לדק אמנם בסימן קע"ו סובר כדברי משפט לדק דהא דאין להם חזקה היינו בממון המשותף אבל בממון המחולק יש להם חזקה ע"כ הגה"ה)

מעתה ומעכשיו הבא לנידון דידן ואומר דאפי׳ דהאחים הללו לא היו חלוקין בעיסתן לדעת מהרא"ד ז"ל חזקתו חזקה כיון שהחזקה הוא בממון המשותף ולדעת משפט לדק אין לו חזקה ואם הם חלוקין בעיסתן לדעת מהרא"ד ז"ל אין צריך לומר דיש להם חזקה זה על זה כיון דאפי׳ אין חלוקין בעיסתן ס"ל ז"ל דיש להם חזקה אבל לדעת משפט לדק בסברת הרמב"ם ובעל העיטור אין להם חזקה זה על זה ונ"ל לדעת מהרא"ד ז"ל דס"ל דבעל העיטור מיירי אפי׳ בלא חלקו והרמב"ם ז"ל מיירי לענין הריוח לא לענין חזקה דאלת"ה אמאי לא חש הרב ז"ל לסברת תרין אריוותא אלין ויש לחקור למאן דס"ל דבממון המשותף אין להם חזקה אם הוא דוקא בדבר שאין השותפין מחזיקין זה על זה אבל בדבר שהשותפין מחזיקין זה על זה גם באחים איכא חזקה וכ"ש דאם בנדון דידן נחית בכולה ובדבר שיש בו חזקה מחזי׳

זה על זה הו דילמא דאחין השותפין יש להם עדיפות דאכי'
בדבר שהשותפין מחזיקין זה על זה האחין אינן מחזיקין
זה על זה ולדעת בעל העיטור לא מיבעיא לי דהא ודאי
פשיטא בין למה שהבין בו הרב בעל הטורים ז"ל בין למאי
דפירשתי בו בדבר שהשותפין מחזיקין זה על זה גם אחים
מחזיקין זה על זה וכן מתבאר מדברי בעל משפט צדק כי
קא מיבעיא לי לדעת הרמב"ם ז"ל ומסתברא לי דאפילו
במחלוקת לא משכינן וכי היכי דלבעל העיטור מחזיקין אף
להרמב"ם ז"ל מחזיקין וכן מתבאר מדברי משפט צדק ולפי
זה בנ"ד אם הבתים הנז' בשאלה יש בהם דין חלוקה לכ"ע
חזקת ראובן חזקה מעלייתא אבל מה נעשה שהריב"ש ז"ל
סי' רכ"ז כתב שרוב הבתים אין בהם דין חלוקה וכ"כ הרב
המתקי' בשם הרא"ה ז"ל

אלא: שאם אין עדים שנשארו משותפין אחרי מות אביה'
ולא חלקו אפילו שראובן מודה שנשארו האחים
משותפים אחרי מות אביהם עלתה לו חזקה אפי' אין בה
דין חלוקה במגו דאי בעי אמר חלקנו וכ"כ משפט צדק
בסי' הנז' ונראה מזאת כראה מדברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סי'
קמ"ט דאפי' בשותפין כל דליכא סהדי שעדיין משותפין הם
כאן מגו דאי בעי אמר חלקנו איברא שדברי הר"ב העטורי'
סי' קמ"ט נראין הפך זה ככר עמד בזה משפט צדק סימן
הנז' ומ"מ באחין לכ"ע כל שאין עדים שנשארו משותפין
עלתה לו חזקה אפי' שאין בה דין חלוקה במגו דאי בעי אמר
חלקנו ולית דין צריך בשש

כללא: דמילתא דאם אין עדים שנשארו משותפין אחרי מות
אביהם ל"ש חלוקין בעיסתן ל"ש אינן חלוקין בעיסתן
ל"ש יש בה דין חלוקה ל"ש אין בה דין חלוקה כאן ראובן
שהתנה עמו שהוצא' שיעשה לנקוס נכסי אחיו יתפרע מחלק.
הבתים אלו וישבע שכך התנה עמו ויזכה בבתים ואם יש
עדים שנשארו משותפין אחרי מות אביהם אם יש בבתים דין
חלוקה לכ"ע עלתה לו חזקתו אם הוא חלוק בעיסתו ואם
אינו חלוק בעיסתו ככתבנו לפלוגתא דרבוותא ואוקי ארעא
בחזקת יהודה דהוא מריה קמא וכן אם אין בו דין חלוקה
אע"פי שהוא חלוק בעיסתו אוקי ארעא בחזקת יהודה הנלע"ד
כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן צ"ז איומיר התי"ו לנכון ונעלה הר' אברהם פינטו יצ"ו

שאלה: א' מבני חצר שם יורה בחצר השותפין
להוציא שכר וחבירו מעכב עליו שאין לו משגי
טענים שמזיק לו העשן ושמרבה עליו את הדרך ובעל היורה
טוען שזה לו ימים ושנים שהחזיק בזה ולא מיחה בו חבירו
והביא עדי' משנתי' ימים שהחזי' לשום היורה בחצר השותפין
יורינו המורה אם בעל היורה מחוייב לכבות היורה ושכמ"ה

תשובה: מה שטוען בעל היורה שהחזיק והביא עדי'
משנתים ימים אין טענתו טענה דבזה נחלקו
חכמי ישראל רבותינו בעלי התוס' וסיעתם כתבו שאין שום
חזקה מועילה אלא בחזקת ג"ש ובטענה והגאונים וסיעתם
סוברים דלאלתר הוי חזקה אפי' שלא בטענה בכל ההרחקות
האמורות פרק לא יחפור זולת ד' מהם דאפי' בחזקת ג"ש לא
מהני ורמב"ם ז"ל סובר דאין צריך ג"ש אבל צריך טענה
וא"כ לכאורה היה נראה דעלתה לו חזקה בנ"ד לבעל היורה
דהמחזיק הוא המוחזק כמ"ש מהרש"ח ז"ל בתשובה סי' ל"ו
והריב"ש ז"ל בתשו' ת"ג והרשד"ם חלק ח"מ סי' רכ"ד ומהר"ש
חשון ז"ל הובאו דבריו במהר"ש יונה ז"ל סי' ל"ז וכ"כ מהר"ש
יפה ז"ל בתשובה ב"י הנזכרת בספר כנה"ג להרב א"א נר"ו
חלק ח"מ סי' קנ"ג וא"כ היה יכול לומר קים לי כה"א כים
וסיעתם דלאלתר ובלא טענה הוי חזקה

אמנם: הך מילתא לאו מילתא פסיקתא היא וברפלוגתא
היא שנויה דלא תרה מ"ב בספר [illegible]
דף ע"ו ע"א וז"ל כיון שזכיית ראובן היא לכ"ת בספק כי
צריך שיכנס בשבירות הליהות ונהיה בספק היאך קורא
כ"ת לראובן מוחזק ע"כ ונמצינו למידין מדבריו דכל דבר
שיש ספק בחזק' המערער הוא המוחזק וכמ"ש הרב הגדול
מהר"י מטראני ז"ל בח"א סי' קל"ג ומהרש"ך ז"ל ח"ב סי'
כ"ח וגדולה מזו כתב מהרש"ך ז"ל בח"א סי' י"ז וז"ל הא
קמן דהך מילתא הוי פלוגתא דרבוותא וכל היכא דאיכא
פלוגתא אמרינן המע"ה וא"כ היה נראה לו' שמעון המחזיק
על חבירו ראובן יכול לומר קים לי כהני רבוותא דס"ל
דשעבודין נקנין בשתיקה כו' הך אמנם מאן לימא לן
דשמעון נקרא מוחזק דילמא ראובן איקרי מוחזק ושמעון
רוצה להוציא מידו ואם כן אדרבא כו' כמו שהאריך הרבה
שם יע"ש

וכיון: שזכינו לדין דהך מילתא בפלוגתא היא שנויה מי
נקרא מוחזק לא זה ולא אותו יכול לומר קים לי
כיון דבהא פליגי אי מיקרי מוחזק הו לא כמ"ש מהריב"ל
בס"א סי' ט"ו ופ"א וח"ב סי' מ"א ומהרש"ך ז"ל בח"א סי'
קל"ג ורבינו הגדול מהר"י מטראני ז"ל בח"א סי' ע"ב וקי"ב
וקכ"א והרבה פוסקים דס"ל הכי לא אפרטם כי הן רבים
עתה הלא הם כתובים בחבור ספר כנסת הגדולה חלק
ח"מ סי' כ"ה ועם שם כרגש הרב אבא מרי נר"ו שמדברי
מהריב"ל ז"ל ס"ב סי' כ"ה ומהרש"ך ז"ל ח"א סי' ק"ן ומהרח"ש
ז"ל סי' נ' נראים כסותרים זה את זה אומר אני שיש חילוק
בין קרקע למטלטלין דקרקע אינה נגזלת ולא שייך בהו
תפיסה וכי כתבו הרבנים המובהקים דמהניא תפיסה אחר
שנולד הספק במטלטלים אמרוה דהמטלטלין שתחת ידו הוי
מוחזק והוי אידך המע"ה וק"ל הכלל העולה שלא זה נקרא
מוחזק ולא זה נק' מוחזק ואזלינן בתר רובא כמ"ש מהרש"ח
ז"ל בתשובותיו סימן ל"ז הנלע"ד הקלרה כתבתי מתאבק
בעפר רגליהם של ת"ח ושותה בצמא את דבריהם צעיר
אני לימים ובחכמה השבי ישראל בכמהר"ר חיים בנבנשת
נר"ו

סימן צ"ח

אראה: אור כי יהל בני בכורי ישראל יצ"ו השיב
תשובה שלמה על פני רוחב השאלה ואף
כי בא דרך קצרה בכמות ובאיכו' כולא בה ילא לקראת נבק
להחזיק במעוז המערער בטוב טעם ודעת דהע"נ דלכאורה
היה נר' שהדין עם המחזיק מטעם קי"ל הכא דאיכא פלוגתא
מי נקרא מוחזק המזיק או הניזק אזלינן בתר הרוב כמ"ש
מהרש"ח ז"ל בסי' ל"ז וכ"כ מהרח"ש ז"ל בתשובותיו לא"ה
סי' מ"ו הכא בנ"ד רובא דרבוותא סוברים דבעינן חזקת ג'
שנים ובא בטענה שהם רבותינו הצרפתים והראב"ד והר"ר
יונה והרשב"א והרא"ש והרב בעל הטורים ז"ל הרי שבעה
כשיני והם סוברים דלכל מילי בעינן חזקה ג"ש ובטענה
אבל הסוברים דהשעבודין נקנין בשתיקה ואין שבלום ותכף
שראה הזיקו ונודע לו ושתק הויא חזק' ולא אמרו חזקת ג"ש
וטענת מכר ומחילה אלא בגוף הקרקע הם חמשה הגאונים
והרמב"ם והרמ"ה והרמב"ן והריב"ש ז"ל ואת"ל דהגאונים הם
רבים אף רבותינו הצרפתים שכתבו ה"ה והריב"ש ז"ל הם
רבים ואם תאמר כאן מיעוט רבים שנים אף שם שלא מיעוט

גאונים שנים ואפי' תימא שרבינו ירוחם ז"ל הוא מהסוברים
כדעת הגאונים והרמב"ם ז"ל שכ"כ בספר מישרים נל"א
ח"ו וז"ל. ואם פתח חלון לחצר חבירו ומחל לו בעל החצר
או שגילה דעתו שרוצה בו כגון שבא וסייע עמו או שידע
שפתח החלון ולא ערער הרי זה החזיק בחלון ואינו יכול
לחזור ולערער עליו לסתמו ע"כ שזה דעת הגאונים ז"ל
שחזקת חלון וזיזין וכיוצ' בהם שאינו אלא נזק ואינו גוזל גוף
הקרקע כו' וכל נזקי פרק לא יחפור אינו צריך חזקה ג"ש
אלא מכי מתברר נזקי' ושתיק מחיל כמ"ש הרמב"ן ז"ל הביאו
הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סי' קנ"ה סע"ו והריב"ש ז"ל
בסי' תע"א ולפי זה מ"ש באותו חלק תשובת הרא"ש ז"ל
בפותח לחורבה וכתב בלשון הזה והרא"ש ז"ל כתב דאינו
נראה לו דכל מקום שאינו יכול למחות אין שם חזקה כו'
ואם נמצא חלון פתוח לרשות חבירו ונחרב המקום טוב הוא
שיעמיד עדים שהחזיק בו כלומר בחלון זה ג"ש קודם שנעשה
החורבה ואדם שיש לו חלון פתוח לרשות חבירו ונחרב
המקום טוב הוא שיעמיד עדים שהחזיק בחלון זה ג"ש וכן
בענין שלנו כו' ואני לא אמצא עדים שהחזקתי בו ג"ש בעוד
שהייתי יכול להסתכל בחצירך ע"כ מדברי הרא"ש ז"ל וכן
נראה עיקר ע"כ דמשמע מדברים אלו דס"ל ז"ל דאף בחזקת
החלונות ג"ש מדכתב על דברי הרא"ש ז"ל וכן עיקר נ"ל דלא
כתב וכן עיקר אלא על עיקר הדין שחולק על הר' יונה
ז"ל שסובר דיכול אדם למחות לחבירו שלא יפתח חלון לחורבתו
והרא"ש ז"ל סובר דאינו יכול למחות על זה כתב רבי' ירוחם
ז"ל שכן עיקר לא על מ"ש דחזקת החלונו' ג"ש אלא שהעתיק
לשון הרא"ש ז"ל ככתבו וכלשונו

שוב ראה שראיתי לו ז"ל באותו חלק גבי סמיכת קורות כתב
כותל שהוא בין שני אחים ויודע שהאח בנאו
המתאל' והאחר שכנו החזיק ג"ש בכותל בראשי קטנים ואמר
שמכר לו חזקת הכותל חלקו לא הוי חזקה לקורה גדולה ע"כ
וזה כדברי הרא"ש ורבותינו הצרפתים דלכל דבר צריך
חזקת ג"ש וטענה דלהרמב"ם והגאונים ז"ל חזקה כזו אין
צורך ג"ש אלא לאלתר מכי ידע נזקיה ושתיק מחיל ודוחק
לומר דתפס לשון הרא"ש ז"ל וליה לא ס"ל דהי"ל לומר בפי'
לדברי הרא"ש ז"ל כמ"ש למטה מזה קלוח הגג מן המים שיש
לו חזקה משלשה שנים על חבירו ויש טעמה מטענה לפי התוס'
כו' סוף דבר אני נבוך בדעת רבינו ירוחם ז"ל להיכן דעתו
נוטה ואיך שיהיה אפילו נימא דרבינו ירוחם סובר כסברת
הגאונים והרמב"ם ז"ל והוא מחלוקת שקול נלוה עם רבותינו
הצרפתים והרא"ש ז"ל רשב"ם שכתב הרב בעל הטורים ז"ל
בסי' קנ"ג שא"צ ג"ש אלא בדבר שיש בו חסרון קרקע כו'
אבל תשמיש קטן אין צריך ג"ש אבל טענה מיהא בעיא א"כ
בנ"ד דידן אע"ג דלא הוי חיסור קרקע טענה בעי אתה
מכרתו לי אתה נתנו לי וכיון שהמערער בנ"ד אינו טוען
טענה אלא שלא מיחה לא מהני חזקה זו לרשב"ם ז"ל נמצא
שרשב"ם מכריע בין המחלוקת לסברת הרא"ש ז"ל ורבותינו
הצרפתים ומלבד רשב"ם ז"ל איכא רבוותא אחריני דקיימי
בסברת הרא"ש ורבותינו הצרפתים ז"ל בנדון שלנו והוא
מהר"ש ז"ל הביאו המרדכי בפרק לא יחפור דקאי בסברת
רשב"ם ז"ל גם ריב"ש ז"ל שכתב גבי הא דקאמר רב יוסף
אפיקו לי קורקור דכל היכא שלא בא להחזיק בקרקע של
חבירו נ' שלו הוא לא לתשמיש בעלמא מהני חזקה בלא טענה
דמדלא מיחה שלשה שנים מחל ע"כ ובנ"ד אע"פ שאין צריך
טענה לדברי ריב"ש חזקה מיהא בעינן וליכא דלא החזיק אלא
שתי שנים וכמו שבא בשאלה ואע"ג דלאו מחד טעמא לא
עלתה חזקה בנ"ד לרשב"ם ומהר"ש ז"ל מפני שבא בלא
טענה ולריב"ש מפני שלא החזיק ג"ש אין כאן בית מיחוש
לכבר כתבו מהר"י קולון ז"ל בשרש מ"א וג"ב וכ"ד ול"ד וק"ב
והרשד"ם חלק א"ה סי' מ"ה וחלק ח"מ סי' רכ"ה ורפ"ח
ות"ב והר"י אדרבי ז"ל סי' רל"ז ומהרש"ך ח"א סי' י"ב בשם
מהרש"ט ז"ל והרא"נ"ח בתשובה ח"א סי' ב' וי"ג ומ"ה וכ"ב
וע"ז וק"ט ומהרא"ד"ב ז"ל בתשובה כ"י סי' קע"ו ומורי הרב
ז"ל חלק י"ד סי' ט' וי' והר"י הלוי ז"ל סי' י"ח וכו' ומהריב"ל
בס"ב סי' פ"ב דשני פוסקים מצטרפין אע"פי שאין טעמם
שוה ואע"פי שהרא"נ"ח ז"ל סי' הנז' כתב דמהר"י איסרלאן
חלוק על זה מורי הרב ז"ל כתב דאף מהר"י איסרלאן מודה
למהר"י קולון ז"ל בזה ואף לדברי הרא"נ"ח ז"ל מהר"י איסרלאן
ז"ל יחיד בדבר זה והר"י הלוי שכתב שהר"ן חולק על זה
יחיד הוא בדבר הזה ואפילו תצרף להרא"נ"ח עם הר"י הלוי
ז"ל ונמצא דהר"ן ומהר"י איסרלאן פליגי כיון דבהא פליגי
אם יכול המוחזק לומר קים לי כשני פוסקים שאינן שוין
בטעמן או אינו יכול לומר קים לי כותייהו אין לומר קים לי
כיון דבהא קיימינן כמ"ש הר"י הלוי ז"ל בסי' כ"ב וכ"ג וס"ז
ואם שהר"י הלוי ז"ל שם הביא חולק בזה בקרקע ובתשובה
אחרת כתבתי דהנכון כדברי הא' החולק חזר הדין למחלוקת
אם יכול לומר קים לי או אינו יכול לומר קים לי ואין לומר
קים לי כ"ש שבנ"ד אין צורך לזה דרשב"ם וריב"ש ומהר"ש
שוין בטעמם עם רבותינו הצרפתים והרא"ש ז"ל בנ"ד דלא
עלתה לו חזקה לרשב"ם ומהר"ש משום שלא בא בטענה
ולריב"ש משני שלא החזיק ג"ש נמצא בנדון שלנו רבי' השוברי'
שלא עלתה לו חזקה מהאומרים דעלתה לו חזקה ואית לן
למיזל בתר הרוב כיון דיש מחלוקת מי הוא המוחזק ויצא
דינו של בני יצ"ו לאורה וכן הוא הסכמתי כמו שרבאר

שוב יצ"ו שנים שנת הת"א נשאלתי על נדון כזה מעיר
אנדרינופלי יע"א והעליתי שהדין עם המערער
כמו שפסק בני יצ"ו הן אמת שמטעם המחלוקת אי חזקת
הנזקין בעי ג"ש וטענה או לא בעי לא זכיתי למטר'
וז"ל דס בחזקת הנזקין בפחות מג' שנים ואינו בא בטענ'
במחלוקת היא שנויה שלדעת הרמב"ם והגאונים ז"ל כל
שהחזיק בהם וראה חבירו ושתק הרי זה מוחל ואין יכול
לחזור בו ולדעת התוס' והרא"ש ז"ל כל שלא החזיק ג"ש
ובא בטענה אין חזקתו חזקה כמבואר בטור ח"מ סי' קנ"ג
וקנ"ד אמנם כל זה הוא בשאר נזקין שיש להם חזקה אבל
בקוטרא וב"ה וכיוצא בהם אפי' החזיק בהם לא הוי חזקה
כדאיתא בפרק לא יחפור וה"ה כל נזק גדול שאין דרך
האדם לסבלו ואפי' שאר בני אדם סובלים אותו אם
המערער אינו יכול לסבלו אין לו חזקה כנגד מערער זה
כמ"ש הרא"ש והטור וב"י ז"ל וכתבו רבוותא דוקא קוטרא
דכבשן שהוא גדול אין לו חזקה אבל תנור שהיחיד אופה
בו פת וכן כירה כיון דלא שכיח קוטריהו רובא דיומא לאו
תדיר הוא ואית להו חזקה כמ"ש בטור ח"מ סי' קנ"ה ונמקי
יוסף כתב בשם רבו דאפי' עשן התנור בביתו לתיקון מאכלין
זהו קוטרא ואין לו חזקה והסכים הרב ז"ל בב"י דבעשן
תדיר בין רב בין מעט ובעשן אפי' שאינו תדיר אין דרך
בני אדם לסבלו ואין לו חזקה וכן הסכים מהריב"ל ז"ל בח"ג
סי' מ"ו בתירוץ הג' שהוא העיקר

מעתה באנו לנדון שלפנינו ואומר דאם נדון דידן הוי
כקוטרא וב"ה לכ"ע אין לו חזקה ואם לא הוי
כקוטרא וב"ה אלא כשאר נזקין להרמב"ם והגאונים ז"ל יש
לו חזקה ולר"ת ולהרא"ש ז"ל אחר ג"ש ובטענה ולכאורה
נראה דל"ת אם נזק זה לא הוי כקוטרא וב"ה אלא כשאר
נזקין אלא אפי' אם הדבר ספק אין בעל היורה מחוייב
לסגור היורה ההיא דיכול לומר קים לי דנדון דידן לא הוי
כקוטרא וב"ה וקים לי כהנהו רבוותא דסברי דאין צריך
חזקת

חזקת ג"ש ואע"ג דהוו תרי קים לי וכתב מהריב"ל ז"ל בס"ג בהרבה מקומות דבתרי קים לי מפקינן מיד המוחזק והחזיק בשבועה זו מהרש"ך ז"ל בח"א סי' י"ו וס' ובח"ב בנוספות סי' י"ו כבר אינהו נופייהו. תברי לגזייהו וכתבו דאפי' בש"ש לא מפקינן מיד המוחזק ומן האחרונים הגדולים אחרי הרבנים ז"ל מהם תפסו דבש"ש מוקמינן ביד המוחזק ומהם תפסו עיקר דמפקינן מיד המוחזק מ"מ נתפשט המנהג דמצי המוחזק לומר תרי קים לי כמו שהעיד הרב המובהק מהר"ר חיים שבתי נר"ו הובאו דבריו בספ' משפט צדק ח"א סי' ב' וז"ל אך מ"מ בעיקר הדין כבר נתפשט המנהג דמצי המוחזק לומר תרי קים לי ואף בתרי פלוגתא דרבוותא אין מוציאין מידו והתימה מהרש"ך ז"ל שזה מעשים בכל יום ואיהו עבד עובדא כמה זימני ע"כ ואף שלשון הרב ז"ל מגומג' עמדתי עליו במקום אחר

(הגה"ה   אחר זה נדפסו תשובות מורי הרב ז"ל וראיתי בח"א סימן קי"ד וחלק ח"מ סימן כ"ח כ"ג ס"ו כת' כל שאין מרבה בספקות וספקי ספקות אין מוציאין מיד המוחזק ע"כ ההגה"ה) אלא שאני רואה הטעם אדר דאין לבעל היורה חזקה אפי' שהחזיק כמה שנים כו' עכ"ל אם והן עתה הרעיכהו לעיינין בני יכ"ו שיש שחקר מי הוא המוחזק והעלה הוא דכיון דאיכא פלוגתא מי הוא המוחזק אזלינן בתר רובא ורובא דרבוות' סברי דלא יצתה לו חזקה מקום דבעי ג"ש וטענה והדין עם המערער

ואני   אבא אחריו ומלאתי את דבריו כבר ידעת שכל מחלוקת בין גדולי האחרונים ז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא למי נקרא מוחזק למזיק או לניזק ומהר"י אישרלאן ז"ל בכתביו סימן קל"ו כתב פלוגתא דרבוותא המזיק הוא המוחזק ע"כ ובספרי ש' כנה"ג חלק ח"מ סימן קנ"ג בהגהת הטור כתבתי דלדעת מהר"י אישרלאן ז"ל דהמזיק הוא המוחזק מסתמא בין בהזק מבורר בין בהזק שאינו מבורר בין בנזק גדול בין בנזק קטן בין בעושה בתוך שלו בין בעושה ברשות הניזק בין תפוש בנזק בין שאינו תפוש לעולם המזיק הוא המוחזק

ולדידיה   כיון שלנו המזיק שהוא בעל היורה הוא המוחזק ויכול לומר קים לי כמ"ד דהויא חזקה לאלתר ובלא טענה ופיהו למ"ש מהר"ש גאון נר"ו הובאו דבריו בשער שי למורא בפירוש להלכות נזקי שכנים סימן קכ"ג דלא כתב כן מהר"י אישרלאן ז"ל אלא דוקא בכגון שלו שהמזיק היה עושה הנזק בתוך שלו   אבל בנדון מהריב"ל ז"ל יודה הרב דהניזק הוא המוחזק ע"כ אפשר דבכ"ד אע"ג דלא הוי ברשות הניזק דחצר השותפין הוא הניזק הוא המוחזק כיון דהמזיק אינו עושה בתוך שלו לגמרי וכן יש לומר ג"כ למה שכתבתי בתשובה כ"י למהר"ש יפה ז"ל כתב י"א דפלוגתא דרבוותא המזיק הוא המוחזק היכא דעביד בשלו ומחזיק ברשותו אבל מי שבא לעשות ברשות הניזק פשיטא דהניזק הוא המוחזק ע"כ דבנדון דידן יודה דהניזק הוא המוחזק דכיון דעביד בחצר השותפין בעשה ברשות הניזק מיקרי כיון שיש לו חלק לניזק במקום שהמזיק עושה לו הזק

ואיכא   מאן דאמר דס"ל דבין בנזק מבורר בין שאינו מבורר בין גדול בין קטן בין עושה בשלו בין עושה בשל חבירו לעולם הניזק הוא המוחזק והם החולקים על מהריב"ל בש"א סימן פ"ה וז"ל כ"ל דעת הרא"ש ז"ל בחלק י"ד סימן ר"ו ומורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן ע"ה וכן נראה מדבריו ח"א סימן קל"ב שכל שיש ספק בחזקתו של המחזיק המערער הוא המוחזק וכמ"ש בני יקירי י"א שמו ובתשובה כ"י וכמדומה לי שהיא מהר"ש יפה ז"ל מ"ד כדעת הזה ואף היא מהר"ש יפה ז"ל יש לתמוה שהרי מהר"ש יפה ז"ל בתשובה כ"י והלכנתיה לעיל כ"כ י"א דבפלוגתא דרבוותא המזיק הוא המוחזק והיינו דוקא בדעביד בשלו המזיק הוא המוחזק בין נזק גדול בין קטן בין מבורר בין שאינו מבורר דסתמא קאמר וכ"ש היכא דעביד בשלו והוא הזק קטן ושאינו מבורר כנדון מהריב"ל ז"ל דהמזיק הוא המוחזק

ואולי   מ"ש הרב מהר"ש יפה ז"ל דהיינו דוקא בעביד בשלו לסברת י"א ס"ל דהמזיק הוא המוחזק קאמר דאפילו לדידהו יש לחלק בין עביד בשלו לעביד ברשו' הניזק אבל איהו ז"ל סברא דנפשיה אית ליה דלעולם הניזק הוא המוחזק ואיהו למה שחילק מהרש"ג נר"ו בין נדון מהר"י אישרלאן נר"ו ובין נדון מהריב"ל ז"ל אפשר דהגדולים הללו בעלי סברא זו החולקים על מהריב"ל ז"ל לא ס"ל דהניזק הוא המוחזק אלא בכגון הרב מהריב"ל דעביד נזקא ברשותא דניזק אבל בדעביד נזקא בדידיה כנדון מהר"ר ישראל ז"ל בשלא בזה המזיק הוא המוחזק ואפי' בהאי כגון שלנו לכל הדעות לדעת הגדולים הללו החולקים על מהריב"ל ז"ל הניזק הוא המוחזק ויכול לומר קים לי כמ"ד דחזקת הנזקין בעי ג"ש וטענה דכבר כתבתי דכל שעושה בחצר השותפין עביד ברשות הניזק מקרי •

ומהריב"ל   ז"ל בש"א סימן פ"ד וכ"ה כתב דבפלוגתא דרבוותא כל שהנזק מבורר הניזק הוא המוחזק וכל שאינו מבורר המזיק הוא המוחזק ונראה כחוזר מדבריו דמילתא פשיטא קאמר דכל שהנזק מבורר אפי' נזק קטן הניזק הוא המוחזק וכל שאינו מבורר אפילו נזק גדול המזיק הוא המוחזק וכמ"ש מהרש"ך ז"ל בח"א סימן ק"ן ובח"ב סי' קע"א וכן חילק מהר"א ששון ז"ל בסימן ס"א ומיהו היינו דוקא בעושה בתוך שלו וכמ"ש מהריב"ל ז"ל בפירוש בסימן פ"ד וז"ל ומי יוכל להוות ביד המוחזק בעל הגג שלא יבנה בשלו ע"כ וכ"כ מהר"א ששון ז"ל בסימן כ"ו וברור הוא דכ"ד הזק מבורר הוא למהריב"ל ז"ל אפי' יהיה נזק קטן הניזק הוא המוחזק כ"ש דהוי נזק גדול ומבורר ונעביד ברשות הניזק מקרי כדכתבינן לעיל

ומהרש"ך   ז"ל בח"א סימן י"ז וק"כ ובח"ב סימן מ"ח וס"ב וקע"א כתב דבנזקין גדולים כקוטרא וכ"ה ודכוותייהו הניזק הוא המוחזק בין מבורר בין שאינו מבורר ובנזקין קטנים המזיק הוא המוחזק בין מבורר בין שאינו מבורר ולפי חלוקו בכ"ד הניזק הוא המוחז' דקוטרא הנזקים גדולים הוא כמ"ש הוא כמלא דבכ"ד שהוא הזק מבורר וגדול ועביד ברשות הניזק מיקרי כיון דעביד בחצר השותפין ויכול הניזק לומר קים לי כמ"ד דבכל דבר בעינן חזקת ג"ש וטענה ואפי' לדעת דמהר"י אישרלאן ז"ל סובר דבכל גוונא המזיק הוא המוחזק וכמו שהוא דעתי בדעתו ז"ל וכן נראה מתשובת הריב"ש ז"ל סימן תקי"ז דבהזק הגוף ויש בו איסור כגון הזק ראיה אע"ג דהמזיק עושה בתוך שלו הניזק הוא המוחזק. ע"כ אלמא כל שאין בו איסור ככיון דידן דהע"ג דהזק הגוף הוא המזיק הוא המוחזק עם שאבאר לו' דלא הצריך הריב"ש ז"ל שיהא איסור אלא דוקא היכא דעביד המזיק בתוך שלו . בזה הוצרך הריב"ש ז"ל לטעם האיסור לעשות הניזק מוחזק שאע"ג דהמחזיק שהוא המזיק עושה בתוך שלו אבל היכא דהמזיק אינו עושה בתוך שלו בכ"ד הניזק הוא המוחזק וכ"ש אם הוא הזק הגוף ובכ"ד מיהא אפי' תימא דהריב"ש ז"ל ס"ל דכל שאין בו איסור בכל גוונא המזיק הוא המוחזק בכ"ד הדין עם המערער דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא מי הוא המוחזק אית לן למיזל בתר

רובא

רואה ורובא דרבוותא סברי דחזקת הנזקין בעי חזקת ג"ש וטענה וכתו ספסק בני יקירי שיחיה

ומלבד זה מטעם אחר הדין עם המערער לעכב על חבירו להוסי' היורה מים והוא הטעם שכתבתי בתשוב' האחרית שכתבתי לאיגרגופלא והוא הטעם השני שכתב בשאלה שמערער על חבירו שלא ישים שם יורה מפני שתרבה עליו הדרך ומשכה שלימה שהיא חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר איני יכול לישן מקול הנכנסים והיוצאים וכתב הרב בעל הטורים ז"ל שדקדק הרשב"א ז"ל מדקתני חנות שבחצר שאפי' נעשה ברשות אפ"ה יכולין למחות בידו ולומר סבורין היינו שיכולין אנו לקבל ועכשיו אין אנו יכולין לקבל וכ"כ הרמב"ם ז"ל שהורו הגאונים שאם המזיק ונעשה אומן או גרדי ולא מיחו בידו שכניו שאין לנזק זה חזקה דהוי הזק קבוע כקוטרא וכ"ה ע"כ וכ"כ המרדכי וכ"י בפרק לא יחפור ורבינו ירוחם נל"ה ח"ו

כללא דמילתא שהדין עם המערער ויכול לעכב ביד חבירו להשיר היורה משם אע"פ שהחזיק ג"ש וכמו שפסק הבן יקיר לי יפה הורה יפה דן יפה זיכה למערער העתר אל אלוה ויחי עוד לנצח ומתורתו יראנו נפלאות ועיני רואות אמן כן יעשה ה' הכותב לענ"ד כתבתי הלעיר חיים בכמה"ר ישראל ששנשת זלה"ה

סימן צ"ט

אזמיר התי"ח לגביר הר"א אלגראנאטי נר"ו

שאלה כותל המשותף בין ראובן ושמעון ורוצה אחד מהשותפין להגביה יותר וחבירו מעכ' בידו יורינו המורה אם יש כח בידו להגביה אם לא ושכמ"ה

תשובה שאלה זו התומה ניתנה כי לא פורש אם הכותל המפסיק בין ראובן ושמעון היא כותל העומד לחצר פנוי או כותל העומד נגד חלון או נגד פתח חבירו בקרוב פחות מד' אמות דאיכא הזק אפילת אורה דא"כ הוא פשיט' דמצי שמעון לעכב בידו בטענת דקא מאפלת עלי וכדתנן פרק לא יחפור החלונות מלמטה ומלמעלה ד' אמות ופסקו כן כל הפוסקים ואם כותל זה הוא כותל המפסיק בין חצר לחצר כנוי בזה גדולי הפוסקי' נתנו דבריהם לשיעורים וחלקו בין אתר' דאית בהו מנהג לאתר' דלית ביה מנהג דבאתר' דאית ביה מנהג דכל מי שירצה מא' מהם להגביה הכי להגביה ולית דימחה בידיה ובאתר' דלית ביה מנהג הרי זה מחלוקת דיש מן הגאונים והר' יונה והרא"ש דהגאונים ס"ל דיכול להגביה שמעון כל מה שירצה אך ב"ת שלא יתקלקל הכותל והר' יונה והרא"ש ז"ל סברי דאין אחד מהם יכול להגביה בלתי רשות חבירו והביא מחלוקת זה הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן קנ"ז שב"ז ובדברי הרא"ש ז"ל כתב רבינו ירוחם ז"ל בנכ"ז ח"ג הביא לבריו הרב הגדול מהריק"א סי' הנז' ולענין דינא אכתוב לקמן בס"ד

ואם שאלת השואל היא בכותל העומד בין ראובן ושמעון גבוה יותר מד' אמות מאז מקדם גם בזה משמע דיכול להגביה יותר אף לדברי הרא"ש ז"ל וסיעתו דע"כ לא קאמר הרא"ש ז"ל דחבירו מעכב עליו אלא בכותל שבין חצר לחצר הנעשית מפני הזק ראיה שהיא גבוה ד"א דמצי אמר ליה חצי אויר הכותל שלי ואיני רוצה למעט אוירי שאני רוצה להשתמש בו אבל בשהוא גבוה יותר מד' אמות דבלאו הכי כבר אינו יכול להשתמש בו ולא מצי אמר איני רוצה שתמעט אוירי ואחי לא הכי מעכב בידו כמ"ש מהר"ס מטראני ז"ל בח"ב סימן ל"ח סי' קי"ו שנשאל על כיוצא בזה והשיב ונראה לי כי מ"ש הרא"ש ז"ל הוא דוקא יגל כותל שבין שני חצירות שהגבהת ד' אמות הוא משום הזק ראיה יכול חבירו לעכב שלא להגבי' יותר כי הוא רוצה להשתמש בחלי אויר הכותל שהוא שלו שהוא נוח לו להשתמש בגובה ד"א אבל כשהוא גבוה הרבה שאינו משתמש בחלי אויר הכותל אינו יכול לעכב ועל זה כתב רבינו ירוחם ז"ל כו' וא"כ דכשהכותל כו' אפי' לדעת הרא"ש ז"ל כו' עכ"ל ודברי הרא"ש ז"ל בהדיא מוכיחין כן שכתב ירא' הא דקתני אין מחייבין אותו אין לפרש חיובי הוא דלא מחייב אבל יכול לבנותו בע"כ דהא ליתא שהרי אויר שע"ג הכותל הוא של חבירו החצי יכול לומר איני רוצה שתמעט אוירי משמע שכל עלמו של הרא"ש ז"ל לא קאמר דלא מצי להגביה בע"כ אלא משום דאויר של חצי הכותל שלי ואני רוצה להשתמש אבל בהפקד טענה זו כנדון הרב ז"ל שכבר היתה גבוה מארבע אמות מצי להגביה אפי' בע"כ

ומה שהכריע הרא"ש ז"ל לומר דאין מחייבין לאו דוקא וכתב שהרי אויר שעל חצי הכותל הוא שלו כו' אינה מכרעת כ"כ דלפי שבראתו עכובי מעכב שלא לחייבו מבעיא כמ"ש הרב הנמקי בפ' הבית והעליה בשם הרשב"א ז"ל בחידושיו שהכרי' דאין מחייבין דוקא קתני דהשת עכובי מעכב שלא לחייבו מבעיא והרא"ש ז"ל צריך לפרש דאין מחייבין קאי אלמטה הימנו כלומר אע"פ שלא היתה לא אמרינן ניחא ליה קמ"ל דאין מחייבין עד שיסמוך כותל א' ודוחק דעוד היום תלי תניא בדלא תניא דעדיין לא שמעינן דמצי לעכב ובא ללמדנו דאין מחייבין אותו אע"פ שלא מיחה ואפשר שזה הכריחו למהר"ס מטראני ז"ל לפרש דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה"ש שכתב כותל חצר המבדיל בין שני השותפין שנפל יש לכל אחד מהם לכוף על חבירו לבנותו עד גובה ד"א כדי שלא יראה זה את זה אבל יתר על ד"א אין מחייבין אותו רצה האחד והגביה הכותל על ד"א אם בא חבירו ובנה כותל אחר גבוה כנגד הכותל שביניהם מחייבין אותו כו' דאין מחייבין דוקא הים שמדברי הרמב"ם ז"ל אין הכרח דיכולין אנו לומר דרבינו נמשך אחר לשון המשנה כמנהגו וס"ל דאין מחייבין לאו דוקא אין מחייבין אבל אם בא לבנות בונה אלא עכובי מעכב כמו שפירש הרא"ש ז"ל

ואם כותל זה המפסיק בין ראובן לשמעון הוא כותל המפסיק בין חצר לחצר משום הזק ראיה וליכא חשש אפילת אורה דמצי ראובן למחות מטעם אפילת אורה וליכא מנהג בעיר דמצי שמעון לבנות וגם אינו גבוה יותר מד' אמות מדברי הרב בעל הטורים ז"ל בסימן הנז' משמע דבענין זה מצי שמעון לעכב ביד ראובן שלא להגביה שכתב י"א שאם רצה א' מהם להגביה יותר מד' אמות שהרשות ביד שניהם שזה בו וכל אחד יכול להשתמש בו ופעמים שזה צריך להגביהו וזה צריך להגביהו אלא זה מגביה ופעין וזה מגביה וטעין שכל אחד מגביה על שלו ובלבד שלא יגביה כ"כ שיתקלקל הכותל בכך לדעת הבקיאים כו' וא"א הרא"ש ז"ל כתב שחבירו מעכב עליו לומר חצי אויר מקום הכותל שלי הוא ואיני רוצה שתמעט אוירי כי אני רוצה חצי מקום אויר שלי להשתמש בו וכ"כ הר' יונה ז"ל כותל המשותף בין שנים ובא אחד מהם להגביה חבירו מעכב על ידו כיון שלא התנו מתחלה להגביה יותר משיעור זה עכ"ל וכ"כ הנ"מיי בשם הר' יונה ז"ל בפ"ח מה"ש ורי"ו בנכ"ד ח"ג הביא דבריו הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן הנז' הא קמן דהרא"ש.

דהרא"ש ורבינו יונה ורבינו ירוחם ז"ל ס"ל דלא מצי חד מינייהו להגביה שלא ברשות חבירו וא"כ בנדון דידן לא מצי ראובן להגביה על הכותל יותר ממה שהוא גבוה השתא המעכב בידו דינא קאמר ליה כמ"ש זה נר לכאורה לזכות שמעון

האמנם לא כן הדבר וכד מעיינינן שפיר חזינן דלאו הכי הוא אלא שיכול ראובן להגביה הכותל כל מה שירצה דכיון דפליגי עליה דהרא"ש וסיעתו ז"ל יש מהגאונים ופוסקים דיכול להגביה כל מה שירצה ולא חיישינן למיעוט האויר ולא לחששת דכותל הגבוה אינו מתקיים כמו הנמוך והרמב"ם ז"ל הכי ס"ל כמו שנראה מדבריו בפ"ג מהלכות שכנים שכתב אבל יותר מד"א אין מחייבין אותו משמע אין מחייבין זה את זה אבל אינו יכול לעכב ביד חבירו שלא יגביה וסופו הוכיח דקאמר רצה האחד והגביה הכותל כו' הנס שיש לפרש פ"א האמת כן הוא כמו שדקדק מהר"ם מטראני ז"ל בסי' הנז' גם הרשב"א ז"ל הכי ס"ל כמ"ש הרב המגיד בפרק הבית והעליה וז"ל וכתב הרמ"ס ז"ל דודאי כו' ומהאי נמי דפרק המוכר כו' וזו היא שבנינו כותל חצר שנפל כו' עד ד"א כו' אין מחייבין אותו כו' אלמא לבנות עם חבירו אין מחייבין הא לעכב על חבירו אינו יכול ע"כ •

ובתשובותיו ח"א סימן תתקל"א שכתב ואני מוסיף נופך על דבריו ואומר אני שלא כאמרו דברים הללו שבפרק הבית והעליה ובשתום' אלא בבית לא' ועליה לאחר כו' ולפי מה שנשתעבד נשתעבד אבל להכביד ולהוסי' אין שומעין לו אבל שכנים שהתקום כו' אין זה מה שעבוד כלבד אבל כל א' וא' בונה בשלו ובשל חבירו נשתתפו ובנו ולפיכך כל אחד מהם בונה כמו שירצה וכ"כ הריב"ש ז"ל בסי' רפ"ט דבמקום שאין היזק אפלת אורה יכול להגביה כל מה שירצה ומהרש"ך ז"ל בח"ב סימן מ"ו הביא דברי הרשב"א ז"ל שהביא ה"ה המגיד בפרק הבית והעליה ובתשובותיו סימן הנז' וכתב דאם אינו נמשך לראובן שום נזק בהגבהת הכותל כגון שיצטרך להגביה הגג או כיוצא בזה מצי ראובן להגביה כל מה שירצה אמנם מטעם שהוא מכביד הכותל אינו יכול למחות אם לא שיתקלקל הכותל כו' ומהר"ם גאלאנטי ז"ל בתשובה סימן ק"א כתב דיכול הראובן להגביה כל מה שירצה וז"ל ונאמר שדין זה הוא כמו כותל השותפין כבר ידעת שחייבי' שניהם לבנ' הכות' עד ד"א משום היזק ראיה אבל יותר אין כופין זה לזה ואם רצה א' והגביה הכותל יותר מד"א אינו חייב חבירו לתת חלקו כי יאמר לו די בד"א אבל אם בא שותפו כו'

זכינו לדין דמילתא במחלוקת היא שנויה ואין גם אחד זוכה אם לא שיהיה מוחזק והשתא נחזי אנן מי הוא המוחזק אם ראובן המזיק הבא לבנות הכותל הוא המוחזק או שמעון המעכב שהוא הניזק הוא המוחזק והנה דבר זה הוא מחלוקת בין הפוסקים מהר"ר ישראל ז"ל בכתביו סימן קל"ו כתב דבפלוגתא דרבוותא המזיק הוא המוחזק ועל הניזק להביא ראיה גם מהרש"ך בח"א סימן ק"ץ כתב דבנזק קטן המזיק הוא המוחזק ועל הניזק להביא ראיה וא"כ בנ"ד ראובן זכה לבנו' על גבי הכותל דהוי מוחזק דלא גרע כ"ד מגדון הרב ז"ל בסימן הנז' בבא לבנות בית ע"ג אחד מן העליות וחדר ע"ג אכסדרה כנגד אל החלר דקרי ליה נזק קטן וכמ"ש בשם הרמב"ם ז"ל מי שהחזיק בנזק כגון שפתח חלון או פתח אמת המים כו' ומיירי בנזקין כיוצא באלו וכתב דהמזיק הוא המוחזק ובח"ב סי' מ"ח כתב ג"כ על נדון שהיו ראובן ושמעון שותפין בחצר

ויר שניהם שזה בנו ורצה א' מן השותפין לבנות עליה ע"ב ביתו וחבירו מעכב כתב דיכול לבנות מטעם קי"ל כהרי"ף והרמב"ן ז"ל וכ"כ בסימן קי"א ובסימן מ"ז בנדון כיוצא בזה דזכה לראובן הבא לבנות ע"כ הכותל בפשוט ואע"ג שהוא מחלוקת מטעם דס"ל דראובן המזיק הוא המוחזק ובסימן ס"ב וכ"ח שכתב שהניזק הוא המוחזק מיירי בהיזק ראיה דהוי מהנזקין הגדולים וכמ"ש בח"א סימן י"ו אבל בנזק קטן בכ"ד המזיק הוא המוחזק וכ"כ הרי"ו הלוי ז"ל בסי' כ"ו ולא תבעיא לדעת כל הגדולים הללו דהמזיק הוא המוחזק אלא אפי' לדעת מהריב"ל ז"ל בסימן כ"ד מח"א דאף שהנזק הוא קטן אי הוי נזק מבורר הניזק הוא המוחזק הנה בנ"ד זכה ראובן בדינו ויכול להגביה דנזק שאינו מבורר היקרי כמ"ש מהרש"ך ז"ל בח"א סימן ק"ץ דנזק שאינו מבורר שכת' מהריב"ל ז"ל בסי' פ"ד הוי דבר שהוא מחלוקת בין הפוסקים אי הוי נזק או לא וא"כ אי לאו הני רבוותא דקאמרי דהוי נזק לא הוה ידעינן אי הוי נזק או לא וא"כ בנ"ד שנחלקו הגאונים על הרא"ש ז"ל וסברי דיכול לבנות א"כ נזק שאינו מבורר מיקרי דאי לאו הרא"ש ז"ל וסיעתו דקאמרי דמצי שמעון לעכב לא הוה ידעינן אם ראובן מזיק לשמעון או לא ונזק שאינו מבורר מיקרי

ואף אם ימצא המצא מי שיסבור לבל נודא הניזק הוא המוחזק כמו שנראה מדברי החולקים על מהריב"ל ז"ל בס"א סימן פ"ד ופ"ה והרד"ס בחלק י"ד סימן ר"ו ורבינו הגדול מהר"י מטראני ז"ל ח"א סימן קל"ג ובתשובת כ"י למהר"ש יפה ז"ל והריב"ש ז"ל בסימן תקי"ז כמו שהובא כל זה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן קנ"ג להרב א"א כר"ו מ"מ כיון דאיכא פלוגתא מי הוא המוחזק המזיק או הניזק אין לומר קים לי כמ"ש מהריב"ל ומהרש"ך ז"ל והרבה מן הפוסקים ולראות האריכות בל אבא את שמותם על שפתי והמה בכתובים בספר כנסת הגדולה בכללי הקים לי סימן כ"ה בהגהת ב"י ע"ש

וכתב מהרש"ח ז"ל דכיון דאין לומר קים לי אזלינן בתר רובא ובנ"ד רבו כמו רבו האומרים שיכול להגביה דהסוברים דאינו יכול להגביה הם רבינו יונה ז"ל והרא"ש והר"ב בעל הטורים ורבינו ירוחם ז"ל אבל הסוברים דיכול להגבי' הם י"א והרמב"ם והרשב"א והריב"ש והראב"ד מדלא השיג על הרמב"ם ז"ל ואם נאמר די"א לכתות הם שנים הם רובא דמנכר'

סוף דבר בנ"ד שהוא נזק קטן ונזק שאינו מבור' המזיק הוא המוחזק ויכול להגביה על גבי הכותל כל מה שירצה אך בזאת שלא יתקלקל הכותל ויכול לומר קים לי כהגאונים וסיעתם דס"ל דיכול להגביה כל מה שירצה כמו שהוסכם אצלנו הערש הזה מהגאון מהר"י קולון ז"ל דכל שאני פוסקים מסייעים למוחזק יכול לומר קי"ל כוותייהו ומה גם בנ"ד דרבים אשר עם ראובן האומרים דמצי להגביה מאשר עם שמעון כאשר כתבתי לתעלה הנלע"ד כתבתי אנא זעירא קטינא חריך שקי אם יסכים עמי מוכת היור ופלאו הרב התייר הגדול מקור מים חיים א"א נר"ו עבד לכל יודעי דת ודין והוא נער ישראל בכמהר"ר חיים בנבנשת נר"ו

סימן ק"א

ערבים עלי דברי דודים זה כני מכורי ישראל י"א העתיק הרחיב בדברי הפוסקים חדשים גם ישנים אחרונים וקדמונים וזחה הדעת עלין לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא ואני אבא אחריו והלאתי

את

את דבריו על הדין ועל האמת כפי מה שיורוני מן השמים ואם כי אנא לא מזכי ברא ואין אני מעיד על עצמי מכתב גלילי אשבעו זיו וכותל ידין הן הן עדיו והנה דעת שכתיו ברור מללו שאלה זו חתומ'כיתנה כי לא פירש מה ההגבה' קאת. אם היא בכותל שיש בה ד"א דוקא ולא יותר או אפי' בכותל הגבוהה יותר מד' אמות דאם היא בכותל גבוהה יותר מד' אמות הא ודאי פשיטא דיכול להגביה כל מה שירצה ומי יאמר לו מה תעשה דע"כ לא פליגי הרא"ש ורבי' יונה ז"ל עם הי"א הובא בספר הטורים סימן קנ"ז סכ"ו אלא בכותל שאינה גבוהה יותר מד"א ומהטעם שכתב אבל בכותל הגבוה יותר מד"א דלא שייך טעמא דהרא"ש אף הרא"ש ז"ל מודה דיכול להגביה ואין חבירו יכול לעכב כמ"ש רבי' הגדול מהר"ס מטראני ז"ל בח"ג סימן ל"ח כמ"ש כל זה הבן יקיר לי

וגם שאני בעניי איני מודה לרב ז"ל בזה דאפי' נודה דבכותל גבוהה הרב'אינו מסתמא בחלי הכותל מ"מ עדיין יש הטעל' האחרת שכתב הרא"ש ז"ל היום או למחר אבנה ואזמין קורות על הכותל ואעשה מחילה דקה של כזרי' ואעמידנ' על חצי הכותל שלי וזה מן המלוי לבנו' האל' עליית קיר קטנה ע"ג ביתו שניים ושליש ואפילימא שלפי טעם הרא"ש ז"ל בכותל גבוה אינו יכול לעכב לפי טעם שנתן רבינו יונה ז"ל לפי שאין הכותל הגבוה מתקיים כמו הנמוך

נראה לע"ד דאין חילוק בין כותל גבוה ד"א לכותל גבוה הרבה דכ"ע ידעי דכל שהכותל מעותדת ליפול במהרה יותר מהכותל נמוך והרב בעל הטורים ז"ל שכתב שדעת הר' יונה כדעת הרא"ש ז"ל לאפוקי דעת י"א שסוברים דאפילו דאינ' גבוהה כי אם ד'אמות יכול להגביה הגוה דעת הר' יונה לדעת הרא"ש ז"ל אבל ביותר מד"א אי מ"ל להרא"ש דיכול להגבי' הר'יונה חולק עליו ודברי הרב ז"ל בב"י סי' הנז' שהעתיק בלשון הר'יונה שהעתיקו ההגהו' בלשון הזה וההגהות פ"ח מה"ש כתבו בשם הר' יונה ז"ל כדברי הרא"ש ז"ל שיכול לעכ'עליו יותר מד"א כך מתפרשין שיכול לעכב עליו כל שמגביה הכותל יותר מד"א אפילו יהיה הכותל גבוה הרבה ויראה דכיון דתנא הרב מהר"ס מטראני בא"י קאי בכפת תוב"ב שהיו נוהגים לדון כהרמב"ם ז"ל ובכיון הזה הרמב"ם ז"ל הוא מהסוברים דיכול לגביה והרב ז"ל כיון דמכח המנהג שנוהגין לדון כהרמב"ם היה יכול להגביה בחילוק כל דהו שמצא ליתב פסק דינו אפילו לדעת הרא"ש ישנו אבל לדידן דיכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש יש לחלק ולומר דלטעם השני שכתב הרא"ש ז"ל אף כשהכותל גבוה הרבה אינו יכול להגביהו ואף אפי לטעם הרא"ש ז"ל יש לחלק בין כשגבוה ד"א לכשגבוה יותר מד' אמות לטעם הר' יונה ז"ל אין לחלק

מ"מ כברהורה זקן מהר"ס מטראני ז"ל ומה גם דאפי' נימא דהרא"ש ז"ל חולק אפי' בגבוה הרבה או אם הרא"ש ז"ל אינו חולק הר' יונה חולק כגון זה הדין עם ראובן כמו שיבא לפנינו בס"ד

גם מ"ש הרב בעל המפה בסי' קנ"ז על סברת הרא"ש ז"ל שיכול לעכב בידו וז"ל מיהו על חלקו יכול לבנות מה שירצה ע"כ ומשמע מתוך לשונו דלכ"ע יכול לבנות על חלקו מה שירצה אני נבוך בזה הרבה חזה שגורס על דבריו כ"י פרק הבית והעליה אין הוכחה נדבריו מ"ש הרב ז"ל בשמו אדרבא' מלשונו מוכח שיכול לבנות בכל הכותל אפי' בחלק חבירו והיא סברת הרשב"א ז"ל שסובר דיכול להגביה כל מה שירצה אבל מאן דס"ל דאינו יכול להגביה יסבור דעל חלקו ג"כ אינו יכול ועוד דאפילו נימא דמאן דס"ל דאינו יכול להגביה על חלקו מיהא יכול להגביה היינו דוקא לטעם הרא"ש ז"ל אבל לטעם רבינו יונה אפי' בחלקו אינו יכול לבנות מטעם הגבהת הכותל

ולבי אומר לי שהרב בעל המפה ז"ל דקדק כן מדברי הרשב"א ז"ל שהביא ב"י ז"ל מדחילק בין בית ועליה לכותל חצר דבבית ועליה אינו יכול להגביה בעל העליה מפני שאין לו אלא שעבוד בלבד אבל כותל חצר שהמקום והאבנים של שניהם כל א' וא' בונה ומגביה על מקום שירצה ע"כ דון מינה דמאן דס"ל דבכותל חצר אינו צריך להגביה היינו דוקא בחלק חבירו שאין לו אלא שעבוד בעלמא אבל בחלקו דשלו הוא בונה יכול להגביה כל מה שירצה ועדיין יש לפקפק שלטעם הר' יונה שמכביד הכותל אפשר דאף בחלקו אינו בונה מפני שמזיק לחבירו ואפשר דלא משגיחינן בהזק חבירו אלא דוקא כשבונה על מקום שאינו שלו דליכא למימר בשלו הוא בונה אבל היכא דבונה בחלקו אפילו שמזיק לחבירו יכול לבנות וצ"ע

ובדברי הרב הנמקי יש לי מקום עיון דמ"ש בפ' הבית והעליה מוכח דס"ל כהרשב"א ז"ל ובפרק השותפין כתב אמרו במתני' דהיכא דלא עיכב א' מן השותפין על חבירו לבנות למעלה מד"א ובנה חבירו הרי הוא בחזקת שלא נתן ומשמע שאם רצה לעכב מעכב וכדברי הרא"ש ז"ל ויש ליישב דלכולי עלמא ס"ל דאינו יכול לעכב וגם מעכב אין שומעין לו אלא רבותא קמ"ל ל"מ אם עיכב אע"פ שאינו יכול לעכב ובנה חבירו דודאי בחזקת שלא נתן כיון דגילה דעתו שלא היה רוצה בהגבהתה ודאי שלא נתן אלא אפי' לא עיכב שהיא קלת הורא' דכיחא ליה בהגבהתה ובודאי פרע חלקו קמ"ל דאפי"ה בחזקת שלא נתן כיון שאין חיוב עליו לבנותו גם מ"ש הרב הנמקי ז"ל בפרק הבית והעליה דהרשב"א ז"ל הכריח שאינו יכול לעכב עליו מדקתני אין מחייבין ואי עכובי מעכב אחובי מבעיא יש לדחות כמ"ש הרא"ש ז"ל דנקט לישנא דאין מחייבין להיכא דלא מיחה ומיהו לזה י"ל שדעת הרשב"א ז"ל דלא"ה לפרש כן מתרי טעמי חדא דעדיין לא השמיענו התנא דמצי לעכב כדי שנפרש חלוקה זו דאם לא מיחה ועוד דעוד היום איכא לאקשויי עכובי מעכב אם ירצה חוביה מחייב לשלם הס שתק מבעיא וזו היא קשה בדברי הרא"ש ז"ל וכמ"ש בני ישראל יצ"ו ותו קשיא על הרא"ש ז"ל מי הכניסו בדוחק זה לימא דלעולם יכול לעכב והא דנקט אין מחייבין הגב ריבא דתנא מחייבין תנא סיפא אין מחייבין

ועל הריב"ש ז"ל בתשובה סימן רפ"ט תמיה לי שכתב בפשוט דיכול להגביה כמו שירצה ולא הזכיר שום מחלוקת דליכא למימר דכלפי מה שאלו לו אם יכול חבירו לעכב בידו לומר קח מחצלת הכירי השיב הרב ז"ל בפשוט שאינו יכול לעכב דלא אמרו להרחיק כנגדן אלא בחלונות והסוברים דיכול לעכב לאו מטעם קח מחצלת עלי סוברים כן אלא מטעם שחלי האויר שלו או מטעם שהכותל הגבוה אינו מתקיים כמו הכותל הנמוך דמ"מ היה לו להריב"ש ז"ל דהטעם זה אינו יכול לעכב אבל מטעמים האחרים שנתנו הפוסקים יכול לעכב ואם היתה דעתו מכרעת דאפי' מטעמים אלו אינו יכול לעכב כסבר' הרמב"ם ז"ל וסיעתו היה לו להביא המחלוקת ולהכריע מ"ד דאינו יכול לעכב ועוד דמ"ש הרב ז"ל גם ה"ל והאן למעלה מד"א אין מחייבין אותו לבנות תנן לא שהוא יכול לעכב על האחר מלבנות ירא' דפשוט אצלו דאינו יכול לעכב כלל בשום צד והוא תימא שלא הזכיר להולקים על זה ז"ס ג"כ מגדולי המורים הר"י והרא"ש והרב בעל הטורים

ורי״ו ז״ל וכה״ג יש לתמוה על מהר״ד ז״ל בח״ב סימן ע״ו שפיתר את נ שהי׳ מן האחרונים דזק בפשוט שיכול להגביה ולא הביא שמגדולי האחרים חולקים עליו על זה ואף אם כזמני רז״ל דכיון דהוי פלוגתא המע״ה והמזיק הוא המוחזק כמ״ש שם בז׳ מ״א אין זה תספיק דמ״מ הי״ל להבי׳ התחלו׳ ולפרוק דהמזיק הוא המוחזק

ואומר אני שדעת מהרא״ד ז״ל כדעת מהר״ס מטראני ז״ל בח״ג סי׳ ל״ח שלא כתב הרא״ש ז״ל שיכול לעכב אלא בכותל חצר ששיעור הגבהתה ד״א אבל בכותל גבוהה שאינו משתמש אלא בחצי הכותל אינו מעכב עליו וכתן מהר״ד ז״ל לא היה בכותל חצר לא נאמר כי אם סברת רבינו יונה שמעכב עליו לפי שאין כותל הגבוה מתקיים כבר כתב הרב ז״ל שאם אינו נמשך נזק מהכותל בהגבהתה שיכול להגביה ועם כל זה הי״ל לרב ז״ל להביא סברת הר״י והרא״ש ז״ל ולבאר שנדון שלו אפילו לפי דבריה׳ צריך להגביה וצ״ע ות״ת לדברי מהר״א ששון ז״ל בסוף סי׳ פ״ז שכתב בלשון הזה דבר פשוט שאם לא יוסיף כובד והזק ליכא מאן דפליג אלא אפילו שבא לחדש ולהכביד על הכותל יותר הרי הדברים מוכפשים וידועים בדברי הטור כו שיש רבים שסוברים דיכול לחדש וא״כ איך בזה יכול לעשות מה שירצה כיון שהכותל של שניהם הן אמת שזה ימים נסתפקתי אם בדבר הזה שהוא קרקע המשותף או כותל אי מכי למימר קים לי כו׳ ות״ה בנ״ד פשיטא ופשיטא אם הוא בענין שלא יתקלקל הכותל לעיני הבקיאים האומני׳ פשיטא דמכי למכני כל מאי דבעי ע״כ כך כ״ל דנדון שלו היה בכותל גבוה ואם בבנין אינו מתקלקל הכותל לכ״ע יכול לבנות

ורבינו ירוחם ז״ל בנכ״ו ח״ג סובר כהרא״ש ז״ל וכמ״ש הרב ז״ל נב״י ולפי זה מ״ש הרב ז״ל בסי׳ קס״ד על דברי הרשב״א ז״ל שהם כדברי הגאונים וכ״כ רבי׳ ירוחם בנכ״ו ח״ג לא קאי על מ״ש הרב. המגיד בשם הרשב״א ז״ל דב׳ ותל שני קוצירות יכול להגביה אלא אמ״ש בתשובה שיש חילוק בין בית ועליה שלקחו׳ בנויה שאין לבעל העליה אלא שעבוד לשתמש ׳וס והשבנים של שניהם כגון שלקחוה חרבה ובנו אותם שבזה דעת רי״ו ז״ל לדעת הרשב״א ז״ל אבל בכותל חצר שבין שני חצירות חולק עליו וסובר שיכול למנעו מטעם שחצי אויר שלו אחר שכתבתי זה אבא לענין פסקא דדינא

ואומר דבשאלה זו בעצמה שכתב בני יצ״ו עליה נשאלתי גם אני משנגביר השואל והעליתי לענין הלכה דכיון דפשט המנהג בכ״מ בכל מקום דאיכא פלוגתא׳ דרבוותא דמכי המוחזק לומר קים לי אלא שיש לחקור בנדון שלפנינו מי הוא המוחזק המזיק או הניזק ובינותי בספרים ומתוך מה שראיתי למהריב״ל ז״ל בס״א כלל י״ד סי׳ פ״ד ופ״ה ולמהרש״ך ז״ל ח״א סי׳ קי״ז וח״ב סי׳ מ״ח ס״ב ובקע״א יוצא לנו דס״ל למהריב״ל ז״ל דבנזק מבורר בין נזק גדול בין נזק קטן הניזק הוא המוחזק ובנזק שאינו מבורר בין גדול בין קטן המזיק הוא המוחזק אבל מהרש״ך ז״ל ס״ל דבנזקי׳ גדולים כקוטרא ודכוותייהו הניזק הוא המוחזק בין מבורר בין שאינו מבורר ובנזקין קטנים המזיק הוא המוחזק בין מבורר בין שאינו מבורר ובנדון שלפנינו אין ספק שלדעת מהריב״ל ז״ל הניזק הוא המוחזק שהרי הוא נזק מבורר שממעט אוירו לדעת הרא״ש ז״ל או שהכותל גבוה אינו מתקיים לדעת הר׳ יונה ז״ל אמנם לדעת מהרש״ך ז״ל יש להסתפק אם הנזק הזה הוא נזק גדול והניזק הוא המוחזק או הוא נזק קטן והמזיק הוא המוחזק. ונראה לי להכריע שדעת מהרש״ך ז״ל דבנ״ד המזיק הוא המוחזק שהרי הוא ז״ל נשאל בח״ב סי׳ מ״ז על כיוצא דנדון שלנו והשיב בפשוט

שיכול לבנות ולהגביה ולא הזכיר סברת הרא״ש ז״ל והאומרים דז״ל שסוברים שאינו יכול להגביה ויש לתמוה למה וכ״ל דכיון דדבר זה במחלוקת היא שנויה יכול המוחזק לומר קים לי והמזיק הוא המוחזק מטעם דלא הוי נזק גדול אלא נזק קטן כו׳ וכיון דאיכא פלוגתא מי הוא המוחזק אינו יכול לומר קים לי וכיון שאעיקרא אינו יכול לומר קים לי שב ואל תעשה שאני והבא לבנות הוא בא להוציא וצריך להביא ראיה שהוא המוחזק מיהו שבא לבנות בהלי כותל שלו רואין על פי בקיאין אם נמשך נזק לכותל בהגבהה יכול לעכב עליו ואם אינו נמשך נזק בהגבהה אינו יכול לעכב עליו וזהו מה שהשבתי בתשובת שאלה זו וטעות היה בידי מפני שנתעלם לי בעת ובשעה ההיא מ״ש מהרב״ח ומהרא״ש ז״ל דכל שאינו יכול לומ׳ קי״ל אית לן למיזל בתר הרוב ושבתי בראותי תשובת בני יקירי יצ״ו והרי ביומה שהעלה חביבי לענין הלכה הוא האמת וליב יפה דן יפה הורה יפה זכה לראותן דכיון דאיכא פלוגתא דרבוואתא במוחזקת הניזקין מי הוא המוחזק המזיק או הניזק ואיכא מרבוותא דסברי דהמזיק הוא המוחזק בכל גונא ואף הרב מהריב״ל דמחלק בין נזק גדול המבורר לשאינו מבורר הנא כיון שאינו המבורר הוא וכן למהרש״ך ז״ל דמחלק בין נזק גדול לנזק קטן הכא המזיק הוא המוחזק דנזק קטן הוא וכמו שהכריח בני יצ״ו ואף דאיכא מרבוותא דסברי דבכל גוונא הניזק הוא המוחזק כיון דאיכא פלוגתא מי נקרא מוחזק המזיק או הניזק לית לן למיזל אלא בתר רובא כמ״ש מהרא״ש ומהרב״ח ז״ל בתשובותיהם והכא רובא דרבוותא סברי דיכול להגביה וכמ״ש בני י״א ולדק במ״ש דהלא השיג הראב״ד על הרמב״ם ז״ל ס״ל כוותיה שכן כתב הרשב״א בתשובה שהביא הרב ז״ל בכ״מ פ״י מהלכות רוצח וז״ל אבל מה שכתב שהראב״ד לא חלק עליו בזה ע״כ מוכח מיהא דהכי שאת הנק עליו הראב״ד סובר כותיה וכן נראה מדברי הרב ז״ל בכ״מ פ״ה מה״ש שכתב וקצת טעם יש בדבר והראב״ד לא השיגו בזה ע״כ וכ״כ המשפט צדק ח״א סי׳ י״ח כ״ג וח״ב סי׳ ה״ט ונ״ח וע׳ וע״ב ומהר״י הלוי ז״ל סי׳ א׳ וספר הזכרונות דף ו׳ ע״ב

ומבלעדי אלה שהביא בני יצ״ו שסוברים כהגאונים שיכול להגביה אף אני אביא ה״ה ז״ל בפ״ג מהלכות שכנים שלא הביא חולק על דברי הרמב״ם ז״ל אלא כתב על דברי הרמב״ם ז״ל משנה שם גם הרב הנמקי ז״ל הכי ס״ל כמ״ש למעלה וכן יש לדקדק מדברי רש״י ותיין מ״ש בתשובה אחרת מהרלק הזה סי׳ בחקירה הזאת מי נקרא מוחזק המזיק או הניזק באופן שמה שפסק בני יקירי י״א דברי פי חכם חן וכן ראוי לפסוק ואפי׳ למ״ש מהר״א ששון ז״ל בסי׳ פ״ז שהוא מסופק אם בקרקע משותף מכי המוחזק לומר קים לין הדין כן דבכותל המשותף לשניהם אם המוחזק אינו יכול לומר קים לי כ״ש שאינו כוחזק והדר הדין ללכת אחר הרוב ואם בכותל שאין בו יותר מד׳ אמות הדין נותן כך שיכול לבנות ואין חבירו יכול לעכב עליו כ״ש בכותל הגבוה יותר מד״א וכמו שיפה ביאר בני חמודי י״א שרב כה׳ אלקים מחסי יגדיל תורתו ויאדיר ירום ונשא ונבר ישראל על התורה ועל העבודה ולכל דבר שבקדושה ויגדל את שמו כשם הגדולים אשר בארץ. ואני אחוה הצעיר חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת זל״ה

סימן קב

איומיר התכ״ה נהחכם כמה״ר שלמה קורדווירו נר״ו

שאלה יורינו מורינו ורבינו הרב נר״ו בביתי ובחנותי יש לי כותל מולטריק לפי דברי שכן שלי שלפי דברי כולה שלי ורוצה אני להגביה הכותל המשותף לסמוך עליה קורות וא״ל שאיני יכול לבנות בכותל המשותף בכל רחבה בחצי הכותל ברחבו שהוא שלי רוצה אני להגביה ושכני מעכב ע״י ועמדנו לדין לפני החכם הש׳ כמה״ר אהרן לפפא נר״ו ודן את הדין שאיני יכול לבנו׳ אפי׳ על חצי רוחב שלי ונתן גזרה ביד שכני על זה יודיענו מורינו נר״ו אם הדין כך שרבים מזקני העיר אומרים שמנהג העיר הזאת בכותל השותפין להגביה כל אחד ואחד מה שירצה ולית דימחא בידיה ושכר אדונינו כפול ומכופל מן השמים •

תשובה מקטני אמנה אני אם להאמין שהחכם השלם הדיין הנז׳ דן את הדין שאינך יכול להגביה בכותל המשותף אפילו בחצי רוחב שלו שאיך נעלמה ממנו הלכה כזו ערוכה שכ״א יכול להגביה כל מה שירצה ואין מידך מציל והנה אם המנהג פשוט בעיר דבכותל המשותף כל אחד ואחד יכול להגביהו כל זמן שירצה לא תיבעי לך דהא ודאי פשיטא דיכול להגביה מחמת המנהג וכמ״ש הר״ב הטורים ז״ל בח״מ סי׳ קנ״ז סעיף כ״ו וז״ל ואם נהגו השותפין להגביהו כל זמן שירצה הכל כמנהג המדינה ואין חולק על זה וכן פסקוה הרב ז״ל בספר הקצר והרב בעל הלבוש בח״מ סי׳ קנ״ז וכל המחברים הבאים אחריהם הודו להם בזה כי תיבעי לך כשאין מנהג בעיר לא לעזר ולא להועיל מחמת הדין היכי לדיינו לענין דינא

ונראה לע״ד שאף שאין מנהג ידוע בעיר מחמת הדין יכול כל אחד ואחד להגביה כל מה שירצה ול״מ על חצי רוחב הכותל שיכול להגביה כל מה שירצה בשופי דלית חולק על זה אלא אפילו על פני רוחב כל הכותל גם על חלק חבירו יכול לבנות ואין חבירו מצי מעכב על ידו ולבאר דבר זה דרך קצרה אני בא לכתוב ראשי פרקים בזה ולא אטפל עצמי בשקלא וטריא לפי שכבר הארכתי בנדון כזה בתשובה אחרת מהחלק הזה סי׳

תנן בפ״ק דבתרא כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ד׳ אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מד״א ולמעלה אין מחייבין אותו וכתב הרא״ש ז״ל יראה הא דקתני אין מחייבין אותו אין לפרש חיובי הוא דלא מחייבינן אבל יכול הוא לבנותו בע״כ דהא ליתא שהרי אויר שעל גבי הכותל חציו של חבירו ואינו יכול למעט אוירו לפי שיכול לו׳ אני רוצה להשתמש על חצי הכותל שהיא שלי או היום או למחר תבנה ואסמוך הקורות על הכותל ואעשה מחיצה דקה של נסרים ואעמידנה על חצי הכותל שהוא שלי ע״כ גם הר׳ יונה ז״ל שהביאו הרב בעל הטורים ז״ל שם והגהות מיימוניות פ״ח מה״ש ס״ל כהרא״ש ז״ל דאינו יכול להגביה אע״פי שהם מחולקים בטעמם וכ״כ רבינו ירוחם ז״ל בנכ״ו ח״ג כמ״ש הרב ז״ל בב״י שם והרב בעל הטורים ז״ל והגהות מיימוניות כתבו דיש אומרי׳ שיכול להגביהו יותר מד״א וכן דעת הרמב״ם בפ״ג מהלכו׳ שכנים ובפירוש המשנה והרשב״א ז״ל בתשובה סי׳ תתקל״א ובפרק הבית והעליה כמ״ש הרב הנמקי ז״ל בשמו וכן דעת הרב הנמקי ז״ל והריב״ש סימן רפ״ט והראב״ד ז״ל מדלא השיג על הרמב״ם ז״ל וה״ה ז״ל שלא הביא חולק על הרמב״ם ז״ל וכן נ״ל מדברי רש״י ז״ל והרב ז״ל בספר הקצר שנה משנתו בשתם כהרב״ם ז״ל והגיה עליו הרב בעל המפה ז״ל מיהו על חלקו יכול לבנות כמו שירצה ע״כ הרי מבואר דעל חלקו כ״ע מודו דיכול להגביה דאפילו הרא״ש שסובר דאינו יכול לבנות הגיה הרב בעל המפה ז״ל בסברתו דעל חלקו יכול והתמה על החכם השלם הדיין איך העביר עיניו מראות דברי הרב בעל המפה ז״ל ואע״פ שבתשובה הנז׳ פקפקתי על דברי הרב בעל המפה וכתבתי דנ״ל דמאן דס״ל דאינו יכול להגביה אף על חלקו אינו יכול לבנות כבר העליתי שם דאם אינו נשתנזק בהגבל אינו יכול לעכב עליו

ומלבד זה כותל זה כפי הנרא׳ מה שהוא בנוי יותר גבוה מד״א הרבה וכתב מהר״ם מטראני ז״ל בח״ב סי׳ ל״ח דע״כ לא קאמר הרא״ש ז״ל שמעכב חבירו עליו אלא דוקא בכותל שבין שני החצרות שהגבהתה ד״א היא משום היזק ראיה אבל בכותל שהוא גבוה הרבה שאינו משתמש בחצי אויר הכותל וכיוצא בה אינו מעכב עליו ולפי דבריו בנדון שלפנינו שהכותל גבוה הרבה לכ״ע יכול להגביהה ואינו יכול לעכב עליו ואע״פ שאף על זה פקפקתי על הרב ז״ל בתשובה הנז׳ לא פקפקתי עליו אלא לענין הלכה אבל לענין מעשה אמרתי כבר הורה זקן וכתבתי שמהרש״ד בח״ב סי׳ מ״ז מסברא זו

ואפילו שלא תהיה הכותל גבוה יותר מד״א יכול אתה לבנות על כל הכותל אפילו על חלק חבירך כמו שתרצה ומי ימחא בידך כמו שהעליתי בתשובה הנז׳ דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם יכול להגביה או אינו יכול להגביה ואיכא נ״כ פלוגתא מי נקרא מוחזק המזיק או הניזק וכיון דבהא פליגי מי נקרא מוחזק אינו יכול המוחזק לומר קים לי כיון דבהא פליגי ואית לן למיזל בתר הרוב ורובא דרבוותא סברי דיכול לבנות ואין חבירו יכול לעכב כמו שביארתי הדברים באר היטב בתשובה הנז׳ הנלע״ד כתבתי הצעיר חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת ז״ל

סימן ק״ג מגאליפול יע״א שנת תהי״ט

מקור החכמה ויס התומה מוליא לאור כל תעלומה בקומתו מעניק חמה נזר הנזלה וכתר התהלה הרב הגדול מגדל עוז ומגדול נר״ו אלהים יענה את שלומו ויעמיד הודו לדור דורים כבודו אנס״ו

כי הנני בא קדם תר ניהו רבה ואני לא נקראתי לבא אל המלך אפי׳ דרך ארובה אמנם בענותנותי דמר נר״ו נסמכתי יערב עליו שיחי במדבר בערבה כי כל מדה טובה מרובה נתן עיניו בה ואל פתח ביתו הקריבה מה גם בהעלותי על לבבי האהבה עזה והחבה אשר היתה באמנה אתו להמאור הגדול מרן חמי זלה״ה בשתים זו התחנתי ואבא היום אל המלך אשר לא כדת וחק חקקתי ויהיו דברי אלה אשר התחננתי האירה עיני על דברת שבועת האלהים אשר כתב מכת״ר בתשובה הלא היא כתובה על ספר אחד מהרב הגדול מהרר״י מטראני ז״ל והוכיח במיאור דחשיבא שבועה בממונא לענין קים לי כו׳ והרב הגדול הנז׳ ז״ל כתב על זה וז״ל ובהא מילתא היכא דהנתבע מוחזק בטלמו וזה טוען שישבע לו הסת לא צריכנא למהריב״ל ז״ל דממקומו הוא מוכרח כו׳ אבל היכא שהתובע מוחזק שהתקפיד תכום בנכסי הנפקד ואומר השבע וטול בזה צריך ללמדה ממקום אחר ומנא אמינא לה מההיא דס״פ הכותב דאמר ר״ש כל זמן שהיא תובעת כתובתה יורשים משביעין אותה אינה תובעת כתובתה אין היורשים משביעין אותה והרי״ף פסק כת״ק ור״ח ור״ת פסקו כר״ש וכתב הרא״ש ז״ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייבה שבועה אע״פי שהאשה באה להוציא לא מחייבינן לה שבועה מספק עכ״ד נראה בפירוש דס״ל לרב ז״ל דאפילו בבא להוציא מצי למי׳ קים לי כמ״ד אימי חייב שבועה ונוטל בלא שבועה ועל פי

הדברים האלה כתב בסוף דבריו וז"ל כללא דמילתא שממון זה פטור משבועה לגמרי כו' עד אתרו ואע"ג דאיכא מאן דפליג בשבועת השת מספקא לא משבעינן ליה ואע"ג דתפיס כו'

ואחר התחילה כדת מה לעשות נראה לע"ד דאעיקר' דדינא איכא למפרך דמאחר דהרב ז"ל בעצמו מודה דחשיבא שבועה כממונא א"כ למה לא יאמר התובע שהוא מוחזק קים לי כמ"ד שאיני חייב לפרוע לך עד שתשבע לי וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ע"א סימן א' יע"ש וגם על הראיה אשר הביא מדברי הרא"ש ז"ל לא זכיתי להבינה דהא כשהאשה באה להוציא דהיינו כשתובעת כתובתה בהא אפילו ר"ש מודה דמשביעין אותה ובהא לא פליגי כלל אלא כשאינה תובעת כתובתה והוא תובעה שתשבע לו דה"ל הנתבע מוחזק בעצמו והלא טוען שישבע לו והיא נופא היא דכתב הרב ז"ל קודם לכן בשמוך :

זכר מן דין נלע"ד דהנה אין להביא ראיה מדברי הרא"ש ז"ל כלל דהנה הספק אשר נולד לנו בענין שבועה אי חשיבא כממונא או לא הויא מחמת שבר' קצת הפוסקים ז"ל דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן א"כ נראה דלא מצינן להביא ראיה מדברי הרא"ש ז"ל דאיהו ז"ל אזיל לטעמיה דס"ל דמגו לאפטורי משבועה אמרינן גם עמדתי על דברי מהרש"ך ז"ל שכתב בח"א סי' קכ"ד שאין לומר קים לי כמאן דפטרי מן השבועה וכ"כ נ"כ בתשובות ח"ב בסוף הספר ובסימן קס"ז ח"א כתב בפירוש דמצי להפטר משבועה בטענת קים לי כו'

והיותר קשה אצלי מאי דכתב בסימן קכ"ד כו' דנהי דלדעת הר"י הלוי ז"ל ודעמיה אין לומר קים לי בשבועה מ"מ הרי רבים שכנגדו הרא"ש והטור והר"ן ז"ל ואם כן לימא המוחזק קים לי כו' גם בהאי מילתא דהא הרב ז"ל כתב בשתה תשובות בדבר הזה דמצי המוחזק לומר תרי קים לי. ועלתי בח"א סימן ס' א"כ הכא נמי יוכה מכח תרי קים לי וכמו שיבה כתב מעכ"ת נר"ו

ואפשר לע"ד לומר דהרב ז"ל סמך בזה על מ"ש בסימן קמ"ג וז"ל ודוחק לומר דהרשב"א ז"ל ס"ל דאמרי' מגו לאפטורי משבועה ויחלוק על הר"י הלוי ז"ל כיון דרבים מסכימים לדעתו כמ"ש הרא"ש ז"ל ואפילו הרא"ש ז"ל שנמנם בסברתו לא אמר אלא שדבריו אינם מובנים אצלו אבל אינו חולק להדיא כו' . והנה כי כן על פי הדברים האלה כתב בסימן קכ"ד דאין לומר קים לי כו' עם שקשה עליו ממקום אחר דמדברי הטור ז"ל נראה דהרא"ש ז"ל חולק על הר"י הלוי ז"ל וגם אני העני הוכחתי מעובדא דרבה בר שרשום דשרים רבים ונכבדים ס"ל כהרא"ש דמצי למימר מגו לאפטורי משבועה :

עוד זאת אדרוש מאת אדוני עבדך אני הבינני ותורתך חנני כדת מה לעשות בדיין שפסק להוציא מיד המוחזק במקום שיש מחלוקת פוסקים דמצי המוחזק לומר קים לי אם אמרינן בזה מאי דעבד עבד וקם דינא או חוזר הדין והנה ראיתי מ"ש הרב הגדול מהר"א ששון בסימן ר"ו דמדברי התוס' נראה דמאי דעבד עבד אבל עם כל זה צריך להתיישב בדבר ולי אני עבדו במחילה רבה מכבוד רבנותו נלע"ד להביא ראיה מדברי התוס' מהא דאמרינן בפרק כל הנשבעין השתא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר מאן דעבד כמר עבד כו' הרי דאף על גב דמספקא לן הלכתא כמאן מאי דעבד עבד . הן אמת שמצאתי לתוס' פרק המוכר את הבית שכתבו וז"ל היכא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וס"ל לדיין כחד מינייהו ועבד הא דעבד עבד דהרי אמרינן בפרק כל הנשבעין כו' ואי מספקא ליה לדיין כמאן הלכתא הדר' ה ע"כ נראה מתוך לשונם דלא אמרינן מאי דעבד עבד אלא כדס"ל לדיין כחד מינייהו אבל אי מספקא ליה הלכתא כמאן אע"ג דעבד כחד מינייהו אין דינו דין ולפי זה כ"ל דמאי דמשמע מדברי התוס' שהביא הרב מהר"א ששון ז"ל דאפילו היכא דמצי למימר קים לי אם דן להפך דינו דין היינו היכא דס"ל לדיין כן אע"פ שאין בידו להכרי' ולהוכיח כסברתו מ"מ מאחר דס"ל לדיין כן מאי דעבד עבד או שנאמר דמיירי הבא היכא שלא נודע לדיין סבר' הפוסקים ואח"כ נודע אליו דאז מאי דעבד עבד אע"ג דאין בידו להכריע וכמ"ש הרא"ש ז"ל בסנהדרין פ"ג יע"ש אבל אי הוה ידע מחלוקת הפוסקים וגם מספקא ליה הלכתא כמאן ופסק להוציא מיד המוחזק להנאתו ולטובתו של תובע או אין דינו דין וחוזרין ומוציאין ממנו ונותנים למוחזק זה כו' מתוך דברי התוס' והרא"ש ז"ל

אך ק"ל על דברי התוס' דמנ"ל לאוקומי ההיא דפרק כל הנשבעין כדס"ל כוותיה דבגמ' סתם אמרו ומשמע אפי' בדמספקא ליה אשר על כן נלע"ד דהתו' והרא"ש ז"ל אורחא דמילתא נקטו דודאי הדיין לא פסיק כחד מינייהו אי לאו דס"ל כחד מינייהו כדברי התוס' או דלא ידע מחלוקתם כדברי הרא"ש ז"ל אבל היכא דהספק ליה הלכתא כמאן לא משכחן כפשיה למיפק ממונא ולכן אמרו התוספות אבל אי מספקא ליה הלכתא כמאן הדר ה' ודינא קמ"ל הלכה למעשה מיהו אי עבר הדיין במזיד ופסק כחד מינייהו כדי להועיל לתובע והוציא מיד המוחזק מאי דעבד עבד והדיין שנו ישא וכן משמע מדברי הטור דכתב בסי' ק"ח בההיא דפרק כל הנשבעין ומיהו אם עבר הדיין והשביעו וגבה את חובו אין מוציאין מידם ולא הזכיר לא תנאי התוס' דהדיין ס"ל כן ולא תנאי דהרא"ש ז"ל דלא שמיע ליה דבריהם ואדרב' מלת עבר במזיד משמע ואפ"ה לא סמך לבי עד עת בא דברו דבר מלך שלטון גם את זה לעומת זה אנב גררא יודיעני נא היאך דיין מר למברת י"א כיחיד או רבים לפי שראיתי בזה סתירות רבות לאחרונים ז"ל ועדיין לא נתקררה דעתי ובשכר זאת אל חי ישביעהו בטוב' שמחות וגיל יגיל בבני חיי ומזוני רויחי וחיי אריכי כים את כבשו התשובה השלחה לה דעת ונפש משתוה הרהוק ומהוי קידה קמיה דמר הקטן ישי אלמולי

שעל הכתב

כוכב ככר מי יש החכמה מעיני כל חי נעלמה והוא ידע את מקומה הרב הגדול כמהר"ר חיים כנגבשת נר"ו כירם יכון ואורו על כנפות הארץ כשחר נכון אנס"ו והלב"י כו'

סימן קכ"ג

חוטר מגזע ישי וגבר מפרחין לתורה ולתעודה החכם השלם טוביאנא דחפימי כמה"ר ישי אלמולי נר"ו אראה. אור כי יהל שמך מעשה אשבעותיך הכתב והמכתב כוננו ידיך ורוח מבינתך וכפטיש יפוצץ ובנטיעות שנטע מורינו הרב הגדול זל"הה קוצץ הוא מותיב לה בקשיא ומפקי לה בתיובתא ולית דין צריך כשם דאם הדברים כמשמען כמו שמבין כ"ת מדבריו שדעת מורינו הרב ז"ל לומר דאע"פ שזה מוחזק בממונו וטוען השבע לי ונטול וזה אינו רוצה לישבע ובא בטענה קים לי כמאן דפטרי

מן השבועה ומפקינן מידי דתובע ויהבינן לנתבע דא עקא ותילתא תמיהא לא תהא כהנת כפונדקית כל עצמנו לא באנו ללמוד אלא לשבועה כממונא דכי היכי דבממונא יכול המוחזק לומר קים לי כמאן דמסיי' לי ולא מפקינן ממונא מיניה הכי נמי בשבועה מצי למימר קים לי כמאן דפטרי מן השבועה אבל שנאמר דבעל השבועה לא ישבע מטעם קים לי ויגבה ממון מחבירו על זה נאמר יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא כי היכי דהמחוייב אינו נשבע מפני שהוא מעצמו למה לא נאמר ג"כ במוחזק בממון דיאמר קי"ל ולא נוציא ממון מידו

ועל פי זה הקשה עוד כ"ת למורינו הרב ז"ל קו' חזקה שאין לה תירוץ לפי מה שהבין כ"ת בדברי הרב מורינו זלה"ה דמה ראיה מביא מההיא דפ' הכותב דהא כשהאשה באה להוציא דהיינו תובעת כתובתה אפי' ר"מ מודה דמשביעין אותה ובהא לא פליגי כלל כי פליגי כשאינה תובעת כתובתה והוא תובע' שתשבע לו דה"ל הנתב' מוחזק בעצמו והלה טוען שישבע לו

ואני תמיה על כ"ת על רוחב שכלו וזוך מבינתו איך חשב כזאת על הרב הגדול אבי התעודה ומשוי ליה טועה ח"ו בדבר דאפי' דרדקי דבי רב לא טעו היאמן כי יסופר שמורינו הרב ז"ל יאמר דראובן ושמעון שתובעין זה לזה זה תובע לזה ממון וזה תובע לזה שבועה דאם יש מחלוקת בני רבוותא בענין השבועה דאיכא מ"ד דישב' ואיכא מ"ד שאינו צריך לישבע שיאמר המחוייב שבועה קים לי ולא ישבע ויפרע לו שכנגדו זו לא אמרה אדם מעולם

ומגמת כונת רבינו הרב ז"ל מבוארת דהיכא דהנתבע מוחזק בעצמו כגון ראובן תובע משמעון מנה ושמעון כופר ואיכא פלוגתא דרבוותא אם חייב לישבע או לא דמצי למימר קים לי ונפטר מהשבועה שלא בשבועה ממקומו הוא מוכרח מההיא דאמרינן בפרק שבוע' הדיינין אמר רב נחמן ומשביעין אותו שבועת הסת מאן דמתני לה ארישא כ"ש אסיפא ומאן דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא וכתבו התוס' והשתא דלא אתמר הלכתא כחד מינייהו לא משביעינן לי' מספק היכא דליכא דררא דממונא דהמע"ה שד אני תמיה על מהריב"ל ז"ל בס"ב סימן מ"ו שכתב כן מכח הסברא ולא נסתייע מדברי התוס' כמ"ש מורי הרב ז"ל דנראה לכאורה שהיא ראיה מוכרחת ונ"ל דמהריב"ל ז"ל לא נסתייע מדברי התוס' ז"ל שבפרק שבועת הדיינין משום דאיכא לדחויי דהתוס' לא כתבו כן אלא ללישנא בתרא דס"ל דהיכא דליכא דררא דממונא לא משבעינן אבל לית הלכתא כההיא לישנא אלא כלישנא קמא דמתני לה ארישא דאפי' דליכא דררא דממונ' משביעינן ליה ופסקו כן הרי"ף והרמב"ם וריב"ש ז"ל ובע"הת וכן פסקו גדולי האחרונים הרב"ז ז"ל במודפסות סימן רי"א והרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן קכ"ג ותנ"ב וכיון דהלכה כלישנא קמא דאפילו היכא דליכא דררא דממונא משביעינן אע"ג דאיכא מאן דס"ל דלא משביעינן לא הוה ילפינן מהך דיכול לומ' קים לי כמאן דפטרי מן השבועה שהרי אנו רואים דהיכא דאיכא ספק בממונא לא מפקינן מיניה דמוחזק ובשבועה אע"ג דאיכא מאן דסבר דלא משבעינן לי' אפ"ה משביעינן ליה ולכן נסתייע מהריב"ל ז"ל מן הסברא דלמה יגרע שבועה מממונא וכי היכי דבממונא להיות הנתבע מוחזק בממונו לא מפקינן מיניה הכי נמי בשבועה שהוא מוחזק בעצמו לא משבעינן ליה ומההיא דפרק שבועת הדיינין דמשבעינן ליה דאפי' דליכא דררא דממונא אע"ג דאיכא פלוגתא לא קשיא דכיון דאיכא דאמרי טפל ללשון ראשון כמ"ש התוס' שם לא חשבינן ליה מחלוקת דה"ל כב"ש במקום ב"ה דאינה משנה אבל בעלמא היכא דאיכא מחלוקת יכול לומר קים לי ואפי' לרבינו תם ז"ל שכתב דלא משביעינן ליה מספק הוא גופיה פסק דלא היה מוחה בדיינין המשביעים א"כ דהתם אעיקר שבועה דמשביעינן לנתבע משום חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו ראוי לומר שישבע אבל בעלמא היכא דאיכא ספיקא אם ישבע אם לא ישבע יכול לומר קים לי כיון דלא עקרינן עיקר שבועת היסת היכא דליכא דררא דממונ' ולא נעלם כל זה מעיני מורי הרב ז"ל אלא שלמד משם דהא בספק שבועה יכול לומר המוחזק קים לי כמאן דפטרי מן השבועה דכי היכי דהתם מפני שיש מחלוקת כתב ר"ת דלא משביעינן מספק אף בפלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל ואע"ג דהתם לא קיימא דהא משביעינן ליה היינו משום דלא חשבינן מחלוקת ללישנא בתרא נגד לישנא קמא או משום דהתם אעיקר שבועה קיימינן דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו אבל בעלמא ודאי דאמרינן קים לי כי היכי דאמר שם ר"ת מיהו כל זה בנתבע שתובעין ממנו ממון שצריך לישבע ליפטר אבל כשתובע מוחזק ובא"ל לנתבע שישבע לו צריך ללמדה ממקום אחר כלומר היכא דיתובע מוחזק מצד אחר ולא מאותה תביעה כנדון מורי הרב ז"ל דכן המפקיד היה תפוש מנכסי הנפקד ממקום אחר שתפש ממון הא' מהנפקד דאלו התובע תפוש ממון מאותה תביעה שנתחייב נתבע לישבע פשיטא ופשיטא דאין מוציאין לו מידו דמאן מרמי ליה מיליה וכי היכי דהנתבע יאמר קים לי כמאן דפטרי מן השבועה הכי נמי התובע יאמר קים לי כמאן דסובר דאם אין אתה נשבע איני חייב לך כלום אבל כשהתובע אינו טוען בריא נגד הנתבע דהשבועה מוטלת על הנתבע משום דטוען בריא כנדון מורי הרב ז"ל אע"פ שהתובע תפוש ממקום אחר ולא מאותה תביעה לא מהניא ליה הך חזקה דתובע כיון דאינו טוען ואינו יכול לישבע והשבועה מוטלת על הנתבע ואיכא מרבוותא דאמרי דאינו חייב לישבע מצי למימר קים לי כמאן דפטרי מן השבוע' ואהני' לו התובע מה שתפש מנכסי הנתבע ממקום אחר ולא מה שתפוש מתביעה זאת

ומוכח להא רבינו הרב ז"ל מההיא דהכותב דהבעל טוען שמא ולא בריא והשבועה מוטלת עליה ואף ע"פ שהבעל תפוש ממקום אחר מנכסיה דהיינו כתובתה כיון דאיכא פלוגתא לא משבעינן לה ולא אמרינן כיון דהבעל תפוש בכתובתה לא יכלא למימר קים לי כמאן דפטרי מן השבועה זהו כונת מורי הרב ז"ל בלי ס' ורהוטין הדברים למי שאמרן והשתא ההיא דהרא"ש ז"ל בתשו' כלל ע"א סימן ח' שהביא כ"ת לחזק קושייתו על מורינו הרב ז"ל שכתב וכיון דאיפלגו בה רבוותא לא מפקינן ממונא עד שישבע המלוה מה ענין זו לנדון מורי הרב ז"ל דנדון הרא"ש ז"ל הוא בשבועה שנתחייב המלוה לישבע על התביעה עצמה שתובע מבני הלוה התם ודאי יוכלו בני המלוה לומר אין אנו פורעין לך אם לא תשבע השבועה המוטלת עליך על התביעה הזאת ואם אתה מוחזק בעצמך אנו מוחזקין בממון זה שאתה תובע אבל נדון הרב התפיסה לא היתה מאותה תביעה אלא היה תפוש ממקום אחר וכדכתבינן:

עתה באתי על מה שהקשה כ"ת עוד על רבינו הר' זלה"ה דמדברי הרא"ש ז"ל ליכא הוכחה דאיהו לטעמיה אזיל דאמרינן מגו לאפטורי משבועה וה"ה נמי דאמרינן קים לי לאיפטורי משבועה אבל למאן דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן ה"ה דקים לי לאיפטורי משבועה לא אמרינן כ"ת נמשך אחר דברי מהרש"ך ז"ל ובעל גדולי תרומה דף קס"א ורב אחד הובא בתשובות

מהר"י

מהרי"י הלוי ז"ל שסוברים דהא בהא תליא דמאן דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן ס"ל נ"כ דקי"ל לאיכפורי משכיניה אמרינן ומאן דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן נם קי"ל לאיפטורי משבועה לא אמרינן אבל אין כן דעת מורי הרב ז"ל אלא דלאו הא בהא תליא דאפילו למ"ד מגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן קים לי לאיפטורי משבועה אמרינן שהרי הרמב"ם ז"ל מן הסוברים דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן ובפרק י"ג מהלכות מכירה גבי שכירו לזרוע לו קרקע כת' דאין מוציאין מידו כיון דהוא ספק ואין משביעין אותו אלא היסת וכמו שהאריך בזה מהרי"י הלוי ז"ל בתשובותיו סי' כ"ג ואין ראיה זו מוכרחת אבל דאיכא למימר דמילתא לא אמר הרמב"ם ז"ל דמשום ספק אינו נשבע אלא התם דהא מיהא נשבע שבועת היסת דכיון דבין הכי ובין הכי נשבע אלא אם נשבע מדאורייתא הו"ה דכל כי הא מהני הספק לחייבו היסת בלא שבוע' דאורייתא כיון דהא מיהא נשבע אבל לומר קי"ל לאיפטורי משבועה מכל וכל זו לא שמענו מדברי הרמב"ם ז"ל ומטעם זה אין להביא מדברי התוס' מה שהביא מורינו הרב ז"ל דאמרינן קים לי לאיפטורי משבועה דאיכא למימר דהתוס' ז"ל לשטתייהו אזלי דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה אמרי' כדכתבו בגיטין פרק הניזקין דף כ"א ע"א ד"ה תניא נמי הכי כו' כתבו ז"ל ונראינן בס פא דהך שני שורים קשורי' מצאת לי והלה אומר מצאתי והחזרתי לך א' מהם הרי זה נשבע וקשה דלהמניה במגו דאי בעי אמר לא מצאתי אלא אחד ע"כ

הנה שדעתם דאמרינן מגו לאיפטורי משבועה וכן בבבא מציעא פרק השואל דף צ"ז ע"א בד"ה ביום שהיתה שאולה כו' כתבו וא"ת היכי מגלגלין שבועה לעולם דאפי' כשהנתבע יהא טוען ודאי יהא נאמן במגו דאי בעי אמר איני יודע ע"כ והתימא על כ"ת שכמס שהק' על מורינו הרב ז"ל דמדברי הרא"ש אין ראיה משו' דלטעמיה אזיל דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן הכי נמי היה ליה להקשות עליו על מ"ש דהיכא דהנתבע מוחזק בעצמו לא צריכנא למהר"י בן לב דמקומו הוא מוכרח מדברי התוס' דפרק שבועת הדיינין הי"ל להקשות דמדברי התוספו' אין ראיה דאיכהו לטעמייהו אזלי דס"ל דמגו לאיפטורי משבו' לא אמרינן ואף אם יאמר כ"ת דלא נתגלו לו בקיאות אלו מדברי התוס' מ"מ כיון דלא מצא לתוס' ז"ל בבירור דס"ל דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן היה לו לגדר דמדבריהם אין ראיה דאפשר דאינהו ס"ל דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן

ואולי דמהכהו דוכתי ליכא ראיה דהתוס' סוברי' דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן דשאני התם דהאי לא משתבע שבועה דאורייתא משתבע שבועת היסת ומגו לאיפטורי משבועה כה"ג אמרינן כיון דסוף סוף נשבע אבל לאיפטורי משבועה מכל וכל אפילו משבועת היסת אפשר דלא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה כה"ג •

אבל ראיתי להתוס' בפרק חזקת הבתים ולרשב"ם ז"ל גבי עובדא דרבה בר שרשום דברים המוכיחים דסברי דמגו לאיפטורי משבועה מכל וכל אמרינן דגרסינן התם רבה בר שרשום נפק עליה קלא דקאכיל ארעא דיתמי א"ל אביי אימא לי גופא דעובדא היכי הוה א"ל ארעא במשכנתא הוה נקיטנא מאבוהון דיתמי והו"ל זוזי אחריני גביה ואכלתי' שני משכנתא אמינא אי מהדרנא להו ארעא ליתמי ואמינא דאית לי זוזי אחריני גבי דאבוכון אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא

יפרע אלא בשבועה אלא אכבשה לשטר משכנתא אוכל' בשוויא זוזאי דמגו דאי בעינא למימר לקוחה היא בידי מהימנינא כי אמינא זוזי אית לי נמי מהימנא' כו' וכתבו התוס' ותימא מאי טעמיה דרבה בר שרשום דאפילו אי נמי לקוחה היא בידי שבועת היסת לעולם צריך דנהי דאין נשבעין על הקרקעות מדאורייתא מדרבנן נשבעין כו' וי"ל דאין נשבעין שבועת היסת אבל הכא לא טעין בריא שאין ודאי ליתומין שקרקע זו אינה לקוחה בידו הילכך אי הוה טעין לקוחה היא בידי לא היה צריך שבועת היסת ע"כ •

הנה מבואר מדבריהם דמגו לאיפטורי משבועה מכל וכל אפי' שלא לישבע היסת אמרינן שהרי רבה בר שרשום אלו היה טוען שאביהם של יתומים היה חייב לו ולא היה לו מגו היה חייב שבועה דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה והשתא דאית ליה מגו דלקוחה היא בידי אפילו שבועת היסת אינו נשבע גם רשב"ם ז"ל הכי ס"ל שכתב לקוחה היא בידי דהא אכלתיה שני חזקה בחיי אביהם מהימנינ' בלא שבועה דאין נשבעין על הקרקעות ועוד דחזקת ג"ש במקום שטר קיימא ע"כ

ולשני התירוצין ס"ל דמגו לאיפטורי משבועה מכל וכל אמרי' לתירוץ הראשון דאין נשבעין על הקרקעו' ר"ל דאין נשבעין על הקרקעות ואפי' היסת כסברת הגהות אשירי בפ"ק דמציעא בשם א"ז ובתשובות מיימון דשייכי לספר משפטים סימן ע"א וכמו שמבינים מדברי הרא"ש ז"ל בפא"ה והמרדכי בפרק שבועת הדיינין ואע"פ שאפשר לפרש דבריו דר"ל דאין נשבעין על הקרקעות דאורייתא וכמ"ש בתשובה אחרת מהחלק היה סימן כבר כתבו' אחרת העליתי דקושטא דמילתא דרשב"ם ס"ל דאין נשבעין על הקרקעות כלל אפי' היסת ממ"ש בפרק יש נוחלין גבי האומר עבדי גנבת ומדבריו גם כשנמא דרבה בר שרשום יע"ש גם לתירוץ השני אינו נשבע אפי' היסת דחזקת במקום שטר קיימא וכדברי הרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב"י ז"ל בח"מ סימן ק"ח מהודאין א' והיא בא"ב סימן רכ"ח וז"ל חזקה כשמה שאמר גאון כך נראין הדברים שבועה זו קלושה מאד הוא דאין נשבעין על הקרקעות דבר תורה כו' מיהו אם רצה להחרים חרם סתם כו' וכן גם דברי רשב"ם ז"ל

ואפשר לי לדחות ולומר דמהא דרבה בר שרשום ליכא לאוכוחי דאמרינן מגו לאיפטורי משבוע' בעלמא והתם בעובדא דרבה בר שרשום שאני מפני שמן הדין לא היה חייב שבועה אלא להיותם יתומים ואמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכיון שמן הדין אם היה הלוה קיים היה נוטל בלא שבועה בשטר קיים שבידו אלא מפני שמת ובא ליפרע מנכסי יתומים אמור רבנן שישבע מהני המגו לאיפטורי משבועה זו כיון דאינה אלא תקנת חכמים ביתומים שלא באה השבוע' מחמת דריע טענתיה אלא להיותם יתומים אמרינן מגו לאיפטורי משבועה כזו אבל מחלוקת דאיפליגו רבוותא בעלמא אי אמרינן מגו לאיפטורי משבועה או לא אמרינן אפשר דאף דעת התוס' ורשב"ם ז"ל דלא אמרינן דאותה שבועה אינה מפני היותם יתומים אלא מפני שטוענו שהוא גזלו בהיותו שתפו או אריסו או שואל לו שיחזיר לו פקדונו והוא טוען שכבר החזירו בשבועה כזאת שנתחייב מחמת טענתו בהא לא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה אבל לא יפטורי משבועה שהטילו חכמים על הבא ליפרע מנכסי יתומים אמרינן כיון דשבועה לא באה להוציא מהם טענתו אלא שחכמים תקנוה מפני היות בנכסי יתומים

כלל העולה דלאיפטורי משבועה מכל וכל אפי' שסבר' הסמ

האת שנתחייב שבועה על פי טענתו לא שמענו מדברי
רשב״ם והתוס׳ דאפשר דס״ל דמגו לאיפטורי משבועה מכל
וכל בשבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים אמרינן וכן
בעלמא אפי׳ שהוטלה עליו שבועה דאורייתא כל שלבסוף
נשבע שבועת היסת אמרינן מגו לאיפטורי משבועה וקרוב
לזה חילק הסמ״ע בח״מ סימן כ״ג ס״ט שכתב דהאי שבו׳
השותפין דמדין תורה אין צריך לישבע אלא מתקנת חכמים
במגו כל דהו מוקמינן ליה אדינא דאורייתא דא״צ לישבע
ע״כ הכא נמי במגו כל דהו מוקמינן ליה אדיניה דנוטל
בלא שבועה

וראיתי בתוס׳ פ״ק דמציעא ד״ג ע״א על הא דאמרינן
מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה
ישבע כתבו ז״ל יהא נאמן במגו דכופר הכל או נילף מהכא
דלא נימא מגו בעלמא ומתוך דברים אלו נראה דס״ל דמגו
לאיפטורי משבועה אמרינן דאי ס״ל דלא אמרינן מאי קשיא
להו דיהא נאמן במגו דכופר הכל כיון דמגו לאיפטורי משבו׳
לא אמרינן אלא ודאי דס״ל דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן
והב״ח בסי׳ רצ״ו נדחק לתרץ קושיא זו לדברי התו׳ בהנחה
דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן ותמיה לי דהא איהו ז״ל
בסי׳ כ״ג ס״ז כתב דדעת התוס׳ דמגו לאיפטורי משבועה
אמרינן מההיא דכתבו בפרק השואל דצ״ו שהבאתי למעלה
וצ״ל לפי דעתו שהם תוס׳ חלוקות וצ״ל דאיפשר לדחות
דאין ללמוד מדברי התוס׳ דפ״ק דמציעא דמגו לאיפטורי
משבועה אמרינן דשאני התם דאם איגו נשבע שבועה
דאורייתא נשבע היסת וכדרך שכתבתי למעלה בדברי התוס׳
בפרק השואל ובפרק הניזקין ואי אמרינן דהתוס׳ לשיטתייהו
אזלי בפרק שבועת הדיינין שכתבו דכל דליכא דררא דממונא
אין להשביעו מספק דהמע״ה יש להוכיח מדברי התו׳ בפ״ק
דמציעא דמגו לאיפטורי משבועה אמרינן דכיון דכופר בכל
פטור אפילו מהסת ובמודה במקצת הטענה פטרינן ליה
משבועה במגו דכופר הכל שוב אחר החיפוש מצאתי ראיתי
להריטב״א בחדושיו לפ״ק דמציעא נדפסו בסוף תשובות
מהר״ם גאלאנטי דף ה׳ וז״ל ומהא דרבה נמי איכא ראיה
דאמרינן מגו לאיפטורי משבועה והיינו דקשיא ליה לרבה
מודה במקצת אמאי אינו פטור משום מגו דכופר הכל ואי לא
אמרינן מגו לאיפטורי משבועה מאי קשיא ליה לרבה אלא
ודאי דאמרינן מגו לאיפטורי משבועה ע״כ אבל לא נתברר
בדבריו אי ס״ל דכופר הכל פטור משבועה מכל וכל אפילו
מהסת או אפילו דבעי לאשתבע הסת ואפילו הכי מקרי מגו
לאיפטורי משבועה כיון דמפטר משבועה דאורייתא

והתוס׳ ז״ל בפ״ב דכתובות שהביאו מימרא זו גם וכתבו
ז״ל מ״ש בפ״ק דמציעא וסיימו ואע״ג דבפרק
שבועת הדיינין אמרינן בכופר הכל משביעין אותו שבועת
היסת ע׳ ו׳פי זה איפשר דהתוס׳ ס״ל דזה לא מיקרי מגו
לאיפטורי משבועה כיון דנשבע הסת ואיפשר ג״כ דהתוס׳
אינן סוברים דכופר בכל נשבע הסת אלא שכרגשו למאן
דאמר הכי בפרק שבועת הדיינין ותמיה לי על הר״י הלוי
ז״ל שכתב הרשב״א ז״ל בחידושיו בריש כל הנשבעין בשמו
שהביא ראיה דמגו לאיפטורי לא אמרינן מדאמרינן דמודה
במקצת דחייב לישבע ולא מיפטר במגו דאי בעי כופר
והוא מן התימא דאדרבא משם ראיה דאמרינן מגו לאיפטורי
משבועה מדמקשינן דיהא נאמן במגו דכופר הכל דאי מגו
לאיפטורי משבועה לא אמרינן מאי קושיה וכמ״ש הריטב״א
ז״ל גם הר״ן ז״ל בפ׳ כל הנשבעין מביא ראיה דמגו לאפטורי
משבועה אמרינן ממאי דמקשינן דיהא פטור במגו דכופר
הכל וי״ל דהר״י הלוי ז״ל יפרש במה שאמרו מודה במקצת
הטענה מפני אמרו ישבע שאין הכונה דיהא פטור במגו
דכופר הכל כדפירשו רש״י והתוס׳ והר״ן והריטב״א ז״ל אלא
הפירוש הוא מפני מה אמרה תורה מודה במקצת
הטענה ישבע ולא כופר בכל וכפירוש שיחו התוס׳ גם בפ׳
האשה שנתארמלה איברא דלפי זה קשה דא״כ במקום שיוכל
להעיז אפילו כופר בכל יהא חייב וכמו שהוקשה גם להתוס׳
א״כ י״ל דהר״י הלוי ז״ל יתרץ כמ״ש הב״ח בסי׳ רצ״ו דאע״ג
דאין אומרים מגו ליפטר משבועה היינו דוקא כשהטענות
שוות ובשתיהן פטור לגמרי אבל במודה במקצת דאי הוה
בעי כופר הכל לא היה מתחייב בכלום ועכשיו מודה מקצת
ממתברא לפטרו משבועה במגו דכופר הכל ע״כ

ואיך שיהיה דעת הר״י הלוי ז״ל בסי׳ הנז׳ דלאו הא
בהא תליא וזה דעת מורי הרב ז״ל וכבר ראיתי
בתשובתי שנדפסה בתשובות מורי הרב ז״ל ח״א סי׳ קנ״א
שגם אני כתבתי בין טענת המגו לטענת קים לי ומורי הרב
ז״ל לא ערער על זה והן לו יהיה כדברי כ״ת הודיעני על מה
תריבהו למורי הרב ז״ל דאם קושית כ״ת קושיא לאו למורי
הרב ז״ל לחוד קשיא הך קושיא דלית לן למימר דאמרינן קים
לי לאיפטורי משבועה אלא למאן דס״ל דמגו לאיפטורי
משבועה אמרינן אלא לכל הסוברי׳ דאמרי׳ קים לי לאיפטורי
משבועה קשיא הך היאך כתבו זה בפשוט והוא תלוי במחלו׳
אי אמרינן קים לי לאיפטורי משבועה הולא אמרי׳ ומורי
הרב ז״ל לא הדש אלא דאמרינן קים לי לאיפטורי משבועה
אף בשכנגדו תפוש ואפילו תימא דהא בהא תליא ולא אמרי׳
קים לי לאפטורי משבועה אלא למאן דסבר דמגו לאפטורי
משבועה אמרינן איני יורד לסוף כונת קושית כ״ת בזה
דמורי הרב ז״ל לא הדש אלא דבמקום דאמרי׳ קים לי לאפטו׳
משבועה אפילו בשתפוס שכנגדו אמרינן ואי לא אמרינן קים
לי לאפטורי משבועה אלא למאן דסבר דאמרי׳ מגו לאפטורי
משבועה יהיה זה החדוש למאן דסבר דמגו לאפטורי משבועה
אמרינן ולדידיה קים לי לאפטורי משבועה אמרי׳ ובא מורי
הרב ז״ל והדש דאפילו כשהוא תפוס אמרי׳ קים לי לאפטורי
משבועה וזה פשוט סוף דבר לא ירדתי לסוף כונת כ״ת בזה

ומה שהקשה כ״ת על מהרש״ך ז״ל בח״א סי׳ קכ״ד זה
כמה שנים בהיותי בקושט׳ עמדתי על דבריו ז״ל במ״ש
גם בסי׳ הנז׳ דמאחר דאיכא פלונתא באומר לקחת ממני
רבית והוא אומר להד״ם אם ישבע או לא חייב לישבע ואינו
יכול לומר קים ליה כהרמ״ה ז״ל כיון דהוא יחיד בדבר
הזה ועוד איפשר דלענין שבועה לא אמרינן קים לי לדעת
הר״י הלוי ז״ל דס״ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כו׳
ע״כ ואני תמיה עליו איך כתב בטעם הראשון דהרמ״ה ז״ל
הוא יחיד בדבר שהרי דעת רבינו ירוחם ז״ל ודאי הכי הוא
מדהביא דבריו ולא חלק עליו גם תשובות להרמב״ן ז״ל סי׳
ק״ט שהביא הרב״י ז״ל בח״מ סי׳ ע״ה מחודשין י״ג הכי ס״ל
דאין משביעין גם רבינו שמחה שהביא המרדכי בריש מציעא
הביאו הרב ז״ל בב״י סי׳ הנז׳ כתב שהאומר לחבירו גזלתני
או גנבתני והלה אומר להד״ם לא נתקנה שבועת הסת ולא
משבעינן ליה דבדבר איסור לא מהימנינן כ״ש דימכור דבטעי׳
רבית לא מהימנינן ליה דאפילו דמהר״ם ז״ל דפליג על
רבינו שמחה בגזלתני בטענת רבית איפשר דיודה דלא
משבעינן ליה כדעת תלמידי הרשב״א שהביא הרב ז״ל וא״כ
בהדי הרמ״ה ז״ל איכא רבינו ירוח׳ ז״ל ורבינו שמחה ומהר״ם
ותלמידי הרשב״א ז״ל ותשובות להרמב״ן ז״ל ושוב ראיתי
למהר״י הלוי ז״ל סי׳ ע״ג תפס עליו בזה יע״ש

אבל בטעם השני שכתב מהרש״ך ז״ל דלדעת הר״י הלוי
ז״ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן
קים לי כמאן דפטרני מן השבועה וכן ראיתי להרא״ב ז״ל
בסי׳ ר״ו שמתגם בזה ליכא לאקשויי עליה דמהרש״ך ז״ל

נמה לא יוכל המוחזק לומר קים לי כמ"ד דמנו לאיפטורי משבועה אמרינן ולדידיה והאי יכול המוחזק לומר קים לי כמאן דפטרי מן השבועה וכמו שהסכמתי בתשו' שהובאה בתשובו' סורי הרב ז"ל ח"א סי' קנ"א דאיפשר דס"ל לרב ז"ל כמ"ש מהריב"ל ז"ל בקצת מתשובותיו דבש"מ מפקינן מיד המוחזק ואע"ג דשמעינן לרב ז"ל השובר דאפי' בש"מ לא מפקינן מיד המוחזק מ"מ במקומות רבים נ"כ שמעינן ליה דבש"ם מפקי' מיד המוחזק וזה יהיה אחד מהמקומות שסובר דבש"ם מפקי' מיד המוחזק ובסי' קש"ו מהחלק ההוא שכתב שהיה מקום לראובן לומר שאינו רוצה לישבע דקים ליה כהרשב"א ז"ל אע"ג שצריך לומר תרי קים לי יהיה מהמקומות שסוב' דאפי' בש"ם לא מפקינן מיד המוחזק

ומ"ש כ"ת דאיפשר דסמך על מ"ש בסי' קמ"ג שרוחק לו' דהרשב"א יחלוק על הר"י הלוי ז"ל שסובר דמנו לאיפטורי משבועה לא אמרינן כיון דרבים עומדים בשיטתו כל מה שתפש עליו כ"ת בזה נמוקו עמו מלבד שאני מצאתי בחדושי שבועות מכ"י להרשב"א ז"ל שחולק על הר"י הלוי ז"ל וסובר דמנו לאפטורי משבועה אמרינן

ועל מה שהרש כ"ת ממני מה אני בדיין שפסק להוציא מיד המוחזק במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא דמצי המוחזק לומר קים לי אי קם דינא או הדר דינא ידוע ליהוי לך שבספר כנסת הגדולה ובתשובה אחרת מהחלק הזה סי' ע"ג כתבתי דהיה נ"ל לומר דלא אמרו לדבר שנחלקו תרי תנאי ותרי אמוראי דהוי כטועה בשיקול הדעת וכתב מהר"ם מטראני ז"ל בח"א סי' מ"ב דלדידן אפילו גאונים ופוסקים ואחרונים הוו כתנאים ואמוראים אלא בדורות הראשונים שלא היה נהוג הקים לי אבל עכשיו בזמנינו זה שנתפשט הקים לי נראה דכל דיין שהוציא ממון מהמוחזק שיכול לו' קים לי טועה בדבר משנה וחוזר וכן מצאתי להרדב"ז ז"ל במדפסות סי' כ"ד כתב שדיין שדן בממון המוטל בס' להוציא מיד המוחזק נלומר דיחלוקו דהוי כטועה בדבר משנה וחוזר וגם ראיתי להרש"ך ח"ג סי' ע"ט כתב דבמילתא שיכול המוחזק לומר קים לי ודן הדיין בהכך דלא הפסיד חזקתו אלא שמצאתי למהר"א ששון ז"ל בתשובותיו סי' כ"ז כתב במילת' דיכול הדיין לומר קים לי ודן הדיין להכך צריך להתישב אם דינו דין וכתב שמדברי התוס' בפרק ח"ה בר"ה והלכתא כותיה דרב יוסף בארעא כו' נראה שכל שהדבר בספ' אע"כ שהאחר מוחזק אם דן הדיין בהפך מה שעשה עשוי וכן מצאתי להרא"ר"ב ז"ל בתשובה כ"י סי' קע"א ואני מוסיף נופך משלי דל"מ בספק שקול כההיא דפרק חזקת וכ"ש היכא דרובא דרבוותא סברי כמו שדן הדיין אלא אפילו רובא דרבוותא וכמעט כולם זולת שנים או ג' סוברים שלא כמו שדן הדיין קם דינא מהא דאמרינן במסכת שבועות פרק כל הנשבעין על הא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דאע"ג דרב ושמואל סברי דאין אדם מוריש שבועה לבניו ולא מפקינן מיורשי לוה ר' אלעזר סובר דמפקינן מיורשי לוה ומשקינן שם לדיינא דעבד כרב ושמואל עבד ודיינא דעבד כר"א עבד הרי דאע"ג דרב ושמואל הוו רבים לגבי ר' אלעזר אם דן הדיין והוציא ממון מן היתומים כר"א עבד וכדי שלא יחלוק הרדב"ז ז"ל על זה נאמר דלא כתב הרדב"ז ז"ל דהדר דינא אלא בממון המוטל בספק דמציאות אבל בממון המוטל בספק בפלוגתא דרבוותא יודה הרדב"ז ז"ל דקם דינא וכ"ל עוד ראיה בזה ממ"ש הרב בעל הטורים ז"ל ח"מ סי' כ"ה ס"ו כתב הרמ"ה ז"ל דיינא דלא הספיק התובע כו' ואיפשר דלא קשיא עליה דהרש"ך ז"ל מהא דהרמ"ה כו' ומדברי התו' פרק המוכר את הבית דס"ה ע"ב ד"ה איתמר להאי גיסא אין להוכיח דס"ל שהדיין שהוא מסופק בדבר ועבד כחד מינייהו מאי דעבד לא עבד כלום אלא התוס' ז"ל גם הרא"ש דמילתא נקטו כו' ע"כ כללות דברי שכתבתי בתשובה הנז' ומתוכה יתבאר לכ"ת שדעתי נוטה דהיה שעשה נעשה ואפילו בספק שאינו שקול ומהראיה שהביא כ"ת מפ' כל הנשבעין גם שדברי התוס' שבפרק המוכר את הבית אינן סותרין לזה וכמו שהשכים כ"ת

ומה שדרשתני אודיעך האמ לי היכי דאיכא לי"א כיחיד או כרבים גם אני בעניין לא השכימה דעתי לשום לב רק שמצאתי מחלוקת בזה בספר כנסת הגדולה חלק א"ח בכללים בדרכי הפוסקים ובחלק ח"מ בכללי הקים לי שדעת מהרש"ך ז"ל בח"א סימן קע"א דלכעקים י"א הוי יחידאה ואהרין כמשך הר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סימן כ"ב וס"ו וכן נראה ברור מדברי מהרח"ש ז"ל בתשובה אבל הרא"ר"ב ז"ל בסימן מ"ט מכ"י כתב די"א תרי משמע ויכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו ועיין בספר משפט צדק ח"א סימן י"א וכן נראה מדברי הרב ז"ל בספר הקצר בסימן פ"א ובטור י"ד בב"י סימן ס"ט דף ס"ג ע"ג בד"ה ומ"ש ויש אוסרים ואני כתבתי בתשובה אחרת ובכללי הקים לי דכל המחלוקת הזה הוא כשהוא כתוב בר"ת וי"א שיכול להתפרש וי"א בלשון רבים וכ"ש כשכתוב בפירוש יש אוסרים אבל אם כתב בפירוש יש מי שאומר לכ"ע סברא יחידאה היא אבל אין נראה כן מדברי הרב ז"ל בש"הקצר וי"ד סי' פ"א

ולענין המעשה כיון דלמר הוי רבים ויכול המוחזק לומר קים לי ולמר הוי יחיד ואינו יכול לומר קים לי נמצא דבהא פליגי אם יכול לומר קים לי או אינו יכול לומר קים לי וכיון דבהא פליגי אינו יכול לומר קים לי כיון דבהא קיימינן כמ"ש הר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סי' נ"ב ונ"ג וס"ו ואע"פ שיש חולקים עליו במטלטלין ובמקו' אחר כתבתי שכן עיקר מ"מ מירי ספיקא לא נפקא ואין המוחזק יכול לומר קים לי כיון דבהא קיימינן וכיון דלית לן למימר קי"ל כ"ל דאית לן למיזל בתר רובא כמ"ש מהרש"ח ומהרח"ש ז"ל היכא דפליגי אי הוי מוחזק או לא הוי מוחזק והוא פשוט את זה ראיתי ונכון אל לבי להשיב על שאלותיך שאלות' חכם ולישא וליתן ברוכי תורתיך מתוך שהבינן עלי דברי דודים ואני תפלתי לשוכן שלום שלו יהי כנהר שלומיך וצדקתך כגלי הים ומשה מעיך ידנו לרוב בקרב הארץ הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קד

תירוש שנת הת"ח להח"ר יאודה משעד נר"ו

שאלה

ראובן היה לו חצר אחת מולקי עם בתים הרבה בתוך החצר והיה אותו חצר מונח בין שתי מבואות אחד לצד מזרחו של חצר והאחר לצד מערבו של חצר ופתח החצר של ראובן פונה למבוי שהוא במזרח של חצר ולפי שהבתים שהם בחצר של ראובן לצד המערב והם רחוקים הרבה מהפתח רבים נמנעים שלא לשכרם ובאים בטענה שכיון שפתח החצר הוא רחוק מהבתי' ההם כל דבר שבא לחצר מידי דבר אכילה ושתיה או משא של עצים או פחם קודמים בעלי הבתים שסמוך לפתח וקונים אותו וכשבאים בעלי הבתים שלצד מערב רוח על פניהם יחלוף שכבר נמכר לבעלי בתים הסמוכים לפתח נמלך ראובן לפתוח פתח אחר בחצירו לצד מערב שהפתח ההוא יוצאין דרך שם למבוי שלצד מערב ובני המבוי שלצד מערב מעכבין עליו שאינם מניחים אותו לפתוח אותו פתח באמרי אין אנו רוצים שתהא לך דריסת רגל ולא לשוכרים שלך במבוי שלנו מה שלא היה מקודם וראובן הכביר עמהם

 בדברי

בדברי פיוסים וחלויים ולא עלה בידו כי חזקים הם ויהי כאשר ראה ראובן שהיה מדבר עליהם יום יום ולא הטו אזן חשב בלבו מחשבות הכסף יענה את הכל ואמ' לשמעון אוהבו למען אהבתו הגדול עם בני המבוי שיהיו מרוצים בפתיחת הפתח שאני רוצה לפתוח למבוי שלהם ואם לא יתרצו בפיוס וחילוי לך התרפס ברצי כסף ושמעון הנז' לאהבת אוהבו ראובן דחק ונכנס לפשר ביניהם ועשה והצליח וע"י פיזור ממון עשה שנתרצו ויאותו בני המבוי שיפתח ראובן פתח פונה למבוי שלהם ויהי היום שרצה ראו' לפתוח הפתח הנז' ובני המבוי האחר שלצד מזרח שכבר יש לראובן פתח פתוח למבוי שלהם מוחים בראובן שלא יפתח הפתח שרוצה לפתוח בכותל הפונה לצד מערב וראובן אומר מה לכם ולצרה אני איני פותח אלא למבוי שהוא לצד מערב חצר שלי ואתם שוכנים לצד מזרחו של חצר מי הביאכם עד הלום למחות בידי שלא אפתח פתח לצד זה ובני המבוי משיבים בעוד בני המבוי האחר מוחים בידך שלא לפתוח הפתח לא היה לנו צורך למחות בידך שמלאכתנו היתה נעשית ע"י אחרים עכשיו שראינו שבני המבוי אחר נתרצו ויאותו לקחת בצע כסף ולהניח אותך שתפתח הפתח אנו מוחים בידך שלא תפתח הפתח מפני שבפתיחת' הפתח הזה היא גרמא בנזקין למבוי שלנו מהפתח האחר יורינו מורינו ורבינו הרב כר"ן אשיקרא דדינא אם היו יכולים בני המבוי שלצד מערב למחות בראובן שלא יפתח הפתח ואת"ל שבני המבוי שרוצה לפתוח הפתח מחדש למבוי שלהם יכולים למחות עכשיו שהם מרוצים אם בני המבוי האחר יכולין למחות בידו או אין יכולין למחות ושכמ"ה

תשובה גרסינן בפ"ק דבתרא בעי מיניה רב הונא מרב אמי א' מבני מבוי שבקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעכבין עליו או אין מעכבין עליו אכשגיא לפי בני אדם מתחלקת או לפי פתחים מתחלקת א"ל לפי בני אדם מתחלקת ע"כ הסוגיא של שמועה וגם בה פירושים מתחלפים רש"י ז"ל פירש בני מבוי מעכבין עליו בני מבוי האחר שאינו רגיל אצלם וכן כתב הרמב"ן ז"ל בשיטתו לבתרא בשם כל רבותיו

(ואולי להרמב"ן ז"ל כיון הרשב"א ז"ל בתשובה ח"ב סימן מ"ז שכתב על סברת הרמב"ם ז"ל וכן דעת מקצת מרבותי אבל א"א לומר כן שהרמב"ם ז"ל מפרש כפרש"י כמ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קמ"ב אע"פ שאין דבריו מוכרחים כמו שאבאר בס"ד ולכן יש לפרש דמקצת מרבותיו על רבינו יונה נתכוון וכן דעת הרשב"א בתשובות שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קמ"א בש"ג וקצת קשה שבתשובה הנז' בח"ב סי' הנז' הראה פנים לשתי הסברות ובסוף דבריו כתב וכלשון הגמ' מגמתיה בתוספתא בפרק אחרון בב"מ כו' ואולי כל התשובות שהביא הרב ז"ל בשי' הנז' הם קודם מה שמצא בתוספתא אבל אחר שמצ' בתוספ' להפך חזר בו א"נ אע"פ שבח"ב סי' הנז' מצא כן בתוספת' לענין מעשה הסכימה דעתו שאינו יכול לעכב ע"י כדעת הרמב"ם ז"ל ומקצת מרבותיו והיש מתרצים שכתב שם דלפי היש מתרצים אף הרי"ף ז"ל דעתו כן ואין מי שמוב' דיכול לעכב והתוס' כיון שלא הביאוה בתלמוד אפשר דלא סמכינן ואית לן למימר הכי דשמי אמוא' מקמי תנא ואע"ג דההגה' בפ"ח מה"ש וכ"י כתבו דאף במבוי שאין איכא טענה מריבוי הדרך כמ"ש הרב ז"ל בב"י סימן קמ"ב הרשב"א ז"ל קדם להנהו רבוותא ולא שמע סברתם אך קשה שהרב הנמקי כתב כן בשם הרמב"ן ז"ל וכן כתב הרמב"ן ז"ל בשיטתו למ' בתרא ואין ספק שלא נעלם מהרשב"א ז"ל סברת הרמב"ן רבו וס"ל דאע"ג דהרמב"ן ז"ל הכי ס"ל ראה הרב ז"ל לתפוס כהרמב"ם ז"ל ושיטתו דרבים כוותיה וגם מקצת מרבותיו ז"ל סוברים כן)

ויש לתמוה על הרב ז"ל בב"י סימן קמ"ב שכתב ומיהו אפשר שדינו של ר"מ ז"ל אמת לכ"ע כו' ושכח הרב ז"ל תשובת הרשב"א ז"ל שכתב בסימן קמ"א אחת ושתים ושלש שכתב בפירוש דבני מבוי שלהם אין מעכבין עליו וזה כ"ל דעת רש"י והרמב"ן ז"ל בשם רבותיו שהביא הרב ז"ל שם לעיל בסמוך דהרמב"ן ז"ל משברא לנפשיה אית ליה כר"מ ואולי מ"ש הרב ז"ל דלכ"ע דינו של ר"מ אמת להרי"ף והרמב"ם ז"ל קאמר אבל אי אפשר לי ליכול להלום מ"ש שם הרב ז"ל שדינו של ר"מ אמת אלא שאינו מתפרש על בעיא זו דלשון הרי"ף ז"ל כך הוא הא דאמרינן בני מבוי מעכבין עליו ה"מ מבוי שאינו מפולש מפני שמרבה עליהם את הדרך כו' וזה מורה שדבריו סובבין על הבעיא

ושוב ראיתי שזה טעות דכוונת הרב ז"ל שדינו של ר"מ אינו מתפרש בבעיא זו ומצאתי בספר בדק הבית בסימן קמ"ב שעל תשובת הריטב"א ז"ל שהביא הרב ז"ל בב"י מחודשין ו' כתב ולפי מ"ש בסמוך בשם הרמב"ן והרא"ש ז"ל גבי א' מבני מבוי שבקש להחזיר פתחו למקום אחר שבני מבוי דידיה יכולין לעכב עליו מהאי טעמא דמ"ש וכ"כ בשמו' בשם הרמב"ן ז"ל ומה שטען הריטב"א דמסתמ' לא הפקירו ביהם לר"ה לעשות ממנו קפנדריא כו' אינה טענה דמ"מ אוהביו וקרוביו וכל בני אדם הרגילין לביתו של זה עושין קפנדריא ע"כ ומ"ש ולפי מ"ש בסמוך בשם הרמב"ן והרא"ש כו' נראה שהוא ט"ס וצ"ל בשם הר"ם והרא"ש ז"ל ובזה א"ש מ"ש אח"כ וכ"כ בסמוך בשם הרמב"ן

ובתחלת המחשבה הייתי רוצה לפרש שכונת הבעיא לדעת רש"י ז"ל הוא אם בני המבוי שרוצה לפתוח פתח למבוי שלהם אם יכולין לעכב מפני ריבוי הדרך דכיון דיש לו פתח במבוי האחר וכשפותח פתח אחר למבוי זה ירבה עליהם את הדרך שיעברו ממבוי האחר למבוי זה דרך ביתו של זה ואפי' שתם הפתח כל שלא פרץ פצימיו יכולין לעכב מטעם שיאמרו היום או למחר תפתח הפתח ותרבה עלינו את הדרך אבל אם סתם הפתח ופרץ את פצימיו אין יכולין לעכב עליו כיון דאין טענה משום רבוי הדרך ומשום דריסת רגלו אין קפידא ושוב ראיתי ודקדקתי בדברי התוס' הרא"ש והרב הנמקי והריטב"א ז"ל דלדברי רש"י ז"ל דהבעיא הוא על בני המבוי שאינו רגיל אצלם אין חילוק בין פרץ פצימיו ללא פרץ פצימיו אלא אפילו פרץ את פצימיו יכולין בני מבוי החדש למחות בו מטעם שאין רוצין שיהא שום פתח במבואם וכן כתב בפירוש הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קמ"ב

וא"ת אמאי נקט ליבנא דלהחזיר שיכול להתפרש שלא פרץ את פצימיו של הפתח האחר לימא א' מבני מבוי שסתם ופתח פתח במבוי דל"ת כשיש חשש שיפתח הפתח האחרת לימים עוד שיכולים לעכב מטעם רבוי הדרך אלא אפילו שסתמה מכל וכל דליכא טענה משום רבוי הדרך מטעם פתח חדש יכול לעכב עליו ותו קשה למה נקט רב הונא דינו במי שיש לו בית פונה לשני מבואות ופתח פתח לשני ליפקוט דינו במי שיש לו בית פונה לר"ה ולמבוי ורוצה לפתוח פתח חדש במבוי וי"ל דהכא במבוי שאינו מפולש ודכתבו הרי"ף והרמב"ם והרב בעל הטורים והרא"ש ז"ל אבל במבוי מפולש יכול לפתוח וכיון דרב הונא איירי במבוי שאינו מפולש תפש בלשונו להחזיר לרבותא של הדיוק דאם הוא מפולש אם החזיר הפתח למקום האחר ולא סתם האחרת אין מעכבין עליו וכיאה כתי שלא נקט דינו בבית

שנונה לר"ה ולמבוי שאם היה אומר כן היינו אומרים דהא למאמע דבמבוי מפולש יכול לפתוח אין כאן חדוש דהיינו אומרים דהיינו טעם דיכול לפתוח משום שכיון שפתוח לר"ה אין כאן טענת רבוי הדרך לר"ה אין חשש כמ"ש הריטב"א ז"ל בתוס' שהביא הרב ז"ל בב"י סי' הנז' אבל בפתוח לבני מבוי אינה חידוש במבוי דאע"ג דאיכא טענה מרבוי הדרך מהמבוי האחר יכול לפתוח וכל זה דוחק וכמ"ש לפנינו בס"ד לדעת הרמב"ם ז"ל יתיישב ג"כ לפרש"י ז"ל

והרמב"ן ז"ל ומהר"ם והרא"ש והרב בעל הטורים ז"ל והרב המגיד ז"ל מפרשים דהא דפסקינן בגמ' בני מבוי מעכבים עליו ל"מ בני המבוי האחר שרוצה לפתוח פתח החדש למבוי שלהם דיכולים לעכב עליו דהא מילתא פשיטא כיון דאין לו דריסת רגל במבוי שאינו מפולש היאך יחזור פתחו לשם אלא אפילו בני מבוי דידיה יכולין לעכב עליו בטענה שמרגיל דריסת הדרך של בני מבוי האחר ליכנס למבוי זה דרך ביתו וכ"כ ההגהות פ"ה מה"ש ודייקי להאי פירושא מדלא קאמר בני אותו מבוי מעכבין כדאמרי' לקמן בני אותה העיר ותו דייקי לה מדקאמר אחד מבני מבוי ואי מאי דקאמר מעכבין על בני מבוי אחר שאינו רגיל אלא קאמר כפירש רש"י ז"ל הכי ה"ל למימר אחר שבקש לפתוח פתחו למבוי שאינו שלו אלא ודאי כדאמרי' דבני מבוי שלו מעכבין וכדכתב הרב המגיד ז"ל וזו יש לתרצה לדברי רש"י ז"ל דכיון דקאמר שבקש להחזיר פתחו למבוי אחר אין צריך לומר בני אותו מבוי דודאי בני מבוי מעכבין עליו דקאמר אמבוי אחר שהזכיר למעלה דסליק מיניה קאי ולא אבני מבוי דידיה דא"כ היה לו לומר בני מבואו מעכבין עליו ולא לומר בני מבוי לבא לשנות של המבוי האחר שאינו רגיל אלא קאמר ומאי דקאמר אחד מבני מבוי אורחא דמילתא קאמר אמנם בלשון אחרת אני אומרה דאי קאי אבני מבוי אחר שאינו רגיל אלא למה לו לומר בני מבוי מעכבין עליו היה לו לומר מעכבין עליו דודאי קאי אמבוי אחר שהזכיר למעלה מדחזר ואמר בני מבוי מעכבין עליו בא לומר דבני מבוי שלו מעכבין עליו

וכ"ל מדברי התוס' ז"ל שהם מפרשים כדברי רש"י ז"ל דבני מבוי אחר מעכבין עליו ולא בני מבוי דידיה קאמר דבההיא דאחד מבני מבוי שבקש לפתוח כנגד פתחו פירשו דהטעם הוא מפני שמרבה עליהם דריסת רגל וכתבו ומלינו מרבה עליהם את הדרך בענין זה מדתנן לקמן לקנו בית בחצר אחרת לא יפתחנה בחצר השותפין ומפרש טעמא בגמ' מפני שמרבה עליהם רגל בני אדם והביאו ג"כ מן התוספתא יע"ש ואם הם מפרשים כהרא"ש ז"ל דאבני מבוי דידיה קאי ומפני שמרבה עליהם דריסת רגל למה הוצרכו להביא ראיה מפה"ה ומהתוספתא ושם מבואר ג"כ דדריסת רגל היא טענה אלא ודאי משום דמפרשים כפרש"י ז"ל דבני מבוי אחר ולא מטעם דריסת רגל ולכן לא הביאו מכאן ראיה לרחות דאע"ג דמפרשים דבני מבוי דידיה קאמר לא הביאו ראיה משם אי משום דמפרשים הטעם מפני האכסניא או אפילו דמפרשים משום דריסת רגל לא הביאו ראיה משם דאיכא לדחויי דמשום אכסניא קאמר

ובדברי הרי"ף והרמב"ם ז"ל לא פירש היכי מפרשי לה אי כפירוש רש"י או כפירוש הרא"ש ז"ל וראיתי לרב ז"ל בב"י סי' הנז' כתב וכתב הרי"ף ז"ל הא דאמרינן בני מבוי מעכבין עליו ה"מ מבוי שאינו מפולש מפני שמרבה עליו את הדרך אבל במבוי מפולש אין מעכבין עליו דה"ל רשות הרבים וכ"כ הרמב"ם בפ"ה מה"ש ונראה שהם מפרשי' דאבני מבוי אחר מיבעיא ליה ולא אבני אותו מבוי כמ"ש הרא"ש ז"ל אלא כפרש"י ע"כ ופשט דבריו משמע דמחילקן בין מבוי מפולש למבוי שאינו מפולש מוכח דמכרע כפרש"י וקשיא ליה הוכחה היא זאת שהרי אפשר דמפרשים ככ' הרא"ש ז"ל דבני מבואו מעכבין עליו וגם זה ר"ל מר דהא בני מבוי דידיה מפולש אינם יכולים לעכב על זה דאיתא טענה דרבוי הדרך והרי הרא"ש והרב בעל הטורים והרב המגיד מפרש' דאבני מבוי דידיה קאמר ואפ"ה כתבו דדוקא במבוי שאינו מפולש ועוד כיון דאפילו לפירוש הרא"ש ז"ל ל"מ קאמר ל"מ דמבוי האחר מעכבין אלא אפילו מבוי דידיה אין הוכחה מדחילק בין מבוי מפולש לשאינו מפולש דחילק חילוק זה לעיכוב בני המבוי האחר וכ"ל דמ"ש הרב ז"ל ונראה שהם מפרשים דאבני מבוי אחר קאמר אינו נמשך מהקודם אלא דבר מובדל בפני עצמו שכותב הרב ז"ל דמדברי הרי"ף והרמב"ם נראה דמפרשים כפרש"י ז"ל ול"מ דריכין אנו לדעת מהיכן נראה כן ועוד לגירסתם דהכתוב מפני רבוי המם א"א דאבני מבוי אחר קאי ותו קשיא לי בדברי הרמב"ם ז"ל דכיון דהוא מפרש בשיטת רב הונא כמ"ש הרמב"ם ז"ל בשם י"מ דשתי הגנבות אחת הן וגא דכתב מי שבקש לפתוח פתח למבוי מהיכן הוציאו וכמו שהקשה עליו הרב ז"ל בב"י ובכ"מ ונתב שהוציאו מן הברייתא שניבנית שם אחד מבני מבוי שבקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעכבין עליו ותמה על ה"ה ז"ל שכתב שמכך נתבאר בסוגייא ולא כהב דהיא ברייתא ע"כ

ויראה שזה שכתב הרב ז"ל שהרמב"ם ז"ל הוציא דינו מהברייתא ליכא לאקשויי עליה דכיון דרב הונא והברייתא תרבו לבון א' אין נכרת בברייתא פירוש האחד ובדברי רב הונא פירוש אחר דמה שיכורש בברייתא יכורש בדברי רב הונא ומה שיכורש בדברי רב הונא יפורש בברייתא וכמו שהקשיתי עליו בביאורי לסמ"ג דכותה הרב ז"ל דברייתא דקתני סתמא אחד מבני מבוי שבקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעכבין עליו ולא שאל ג"כ אכסניא מתהלקת כדברי רב הונא מהפרשת העיכוב בבני המבוי שרוצה לפתוח פתח למבוי שלהם אבל רב הונא דהוסיף על הברייתא דאמר אכסניא מתהלקת כו' ודאי בדעתו על בני מבוי דידיה ובהכי ניחא נמי מה שהוקשה להרמב"ן ז"ל שהוכיח לבתרא כי היכי דאמרינן תניא נמי הכי אכסניא לבי בני אדם מתהלקת נימא נמי תניא נמי הכי אחד מבני מבוי שבקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעכבין עליו דהכי נמי תניא בברייתא שמביא התלמוד לכנינו ותירץ מה שתירץ יע"ש ולפי מ"ש ניחא דאין הברייתא ענין לדברי רב הונא שהברייתא איירי בבני מבוי אחר ורב הונא איירי בבני מבוי דידיה ועדיין אינו מהוור דאם כן לא היה לו לברייתא למנקט כלישנא דרב הונא דבלשנא רב הונא דבעייתו היא על מבוי שלו הולך למנקט כי האי לישנא אבל הברייתא דמיירי בבני מבוי אחר ליגקוט כלישנא הרמב"ם ז"ל

ועל מה שתמה הרב ז"ל על ה"ה ז"ל דלמה לא אמר שהוציאו מהברייתא נ"ל דה"ה ז"ל רוח אחרת אתו דס"ל ז"ל דמ"ש הרמב"ם ז"ל וכן אם אחד מבני מבוי שבקש לפתוח פתחו כו' הוציאו מהברייתא ודברי רב הונא שכולם כלשון א' נאמרו ומ"ה כתב ה"ה ז"ל שהוציאו מדברי רב הונא בפי גירסת ההלכות ולא הזכיר הברייתא משני שבדברי רב הונא מפורש הטעם למה מעכבין עליו אבל מ"ש הרמב"ם ז"ל מי שבקש לפתוח פתח במבוי שאינו מפולש הוציאו מהברייתא דתניא היה סתום ובקש לפתחו אין בני מבוי מעכבין עליו וקאמר בגמ' לא שאנו אלא שלא פרץ את פצימיו אבל פרץ את פצימיו בני מבוי מעכבין עליו ודאמרינן אבל פרץ את פצימיו מעכבין עליו מוכח בפירוש דל"ש

לא היה שם פתח מתחלה דיכולין לעכב עליו והטעם מפני רבוי הדרך ומבריייתא גופה דקתני היה סתום ובקש לפתחו אין בני מבוי מעכבין עליו משמע דוקא מפני שהיה שם פתח ואח"כ סתמו הא אם לא היה שם פתח מעיקרא אינו יכול לפתוח וזהו הדין שכתב הרמב"ם ז"ל מי שבקש לפתוח פתח כו' שהוא הדין היוצא מדקדוק הסוגייא ולזה כתב ה"ה ז"ל כמבואר בפירוש בפ"ק בסוגייא שאינו יכול לפתוח פתח לכתחלה כל זה כתבתי לפי דעת ה"ה והרב ז"ל בב"י שהרי"ף והרמב"ם חלוקים עם פרש"י ז"ל בפירוש הסוגייא

אבל לע"ד נראה דהרי"ף ורש"י והרמב"ם ז"ל בשטה א' קיימי והם גורסין בגמ' גירסא אחת שראיתי בהלכות הרי"ף ז"ל וזה נוסחה בעי מיניה רב הונא מרבי אמי א' מבני מבוי שבקש להחזיר פתחו למבוי אחר בני מבוי מעכבין עליו או אין מעכבין עליו א"ל בני מבוי מעכ' עליו אכסני' לפי בני אדם מתחלקת או לפי פתחים מתחלקת א"ל בני מבוי מעכבין עליו ואכסניא לפי בני אדם מתחלקת ע"כ והוקשה להם דכיון דכבר פשט בני מבוי מעכבין עליו למה חזר ואמר בני מבוי מעכבין עליו ולכן מפרשים הם שהן שתי שאלות דהשואל שאל א' מבני מבוי כו' אחת דבר ושתים זו שאל בני מבוי מעכבין עליו כלומר בני המבוי שרוצה לפתוח פתח למבוי שלהם מעכבין עליו או אין מעכבין עליו וא"ת"ל בני המבוי האחר מעכבין עליו בני מבוי דידיה מעכבין עליו או אין מעכבין עליו ור' אמי השיב לו בני מבוי מעכבין עליו כלומר בני מבוי שלו מדלא קאמר בני אותו מבוי כדכתבו הרא"ש וב"י ז"ל וכ"ש בני המבוי האחר ועם כל זה רב הונא היה מסתפק בתשובה זו אם כונתו לומר דרוקא בני המבוי החדש מעכבין עליו ולא בני מבוי דידיה או אפי' בני מבוי שלו וחזר ושאל לו אכסניא לפי פתחים מתחלקת או לפי בני אדם ומתוך תשובתו בשאלה זו יבין אם כונתו על בני מבוי שלו ג"כ ור' אמי הבין כונת שאלתו של רב הונא והשיב לו בני מבוי מעכבין עליו ואכסניא מתחלקת לפי בני אדם להורות לו שמשהשיב בני מבוי מעכבין עליו אף על מבוי שלו נתכוון והולך לומר לו בני מבוי מעכבין עליו ולא תירץ לשאלתו אכסניא לפי בני אדם מתחלקת כדי שלא יבין רב הונא ששהשיב לו בני מבוי מעכבין עליו היינו בני מבוי דידיה ומטעם אכסניא לפי בני אדם מתחלקת אבל בני מבוי אחר דלא שייך ביה טעם דאכסניא לפי בני אדם מתחלקת אין מעכבין עליו ולזה חזר ואמר בני מבוי מעכבין עליו ואכסניא לפי בני אדם מתחלקת כלומר בני מבוי אחר מעכבין עליו מטעם רבוי הדרך ואכסניא לפי בני אדם ומינה דבני מבוי דידיה מעכבין עליו

ואפשר לפרש בדרך אחרת קרוב לזה שרב הונא בשאלתו הראשונה לא שאל אלא על בני המבוי האחר ור' אמי השיב בני מבוי מעכבין עליו כלומר בני מבוי אחר שאינו רגיל אצלם וכדפרש"י ז"ל ומטעם רבוי הדרך וגם מדקאמר בני מבוי ולא בני אותו מבוי וכדכתבינן וחזר ושאל לו אכסניא לפי בני אדם מתחלקת כו' כלומר ומתוך התשובה נשמע אי בני מבוי דידיה מעכבין עליו או אין מעכבין עליו ואמר לו בני מבוי דידיה מעכבין עליו משום דאכסניא לפי בני אדם מתחלקת

והשתא אתי שפיר מ"ש הרי"ף ז"ל הא דבני מבוי מעכבין עליו במבוי שאינו מפולש וקאי אבעיא ראשונה שהוא מטעם רבוי הדרך ואולי מפני זה כתב הרב ז"ל שגר' שהרי"ף והרמב"ם ז"ל מפרשים אותו אבני מבוי אחר כפי' רש"י. אך קשה דבסעיף ט' כתב הרב ז"ל דהרי"ף והרמב"ם ז"ל חלוקים בפירוש הבעיא והוי יודע שזה שכתב הר"מ במז"ל מי שבקש לפתוח פתח במבוי שאינו מפולש כו' מיירי בחצר העומדת לשני מבואות ופתוחה לא' מהן ובקש לפתוח פתח אחר למבוי האחר כמ"ש בביאורי לסמ"ג והוא מבואר

וכתב הרי"ף ז"ל הא דבני מבוי מעכבין עליו היינו במבוי שאינו מפולש מפני שמרבה עליהם את הדרך אבל במבוי מפולש אין מעכבין עליו דה"ל ר"ה ע"כ וכ"כ הרמב"ם בפ"ה מה"ש וכתב הרב ז"ל בב"י סימן הנז' שכן נר' מדברי רבינו' מאיר שהביא הרא"ש וכן פסקו כל הפוסקים וכתב ה"ה ובמפולש לר"ה והרב הנמקי כת' אבל אם היה מפולש אין מעכבין עליו דה"ל כר"ה אע"פ שאין לו י"ו אמה וכתב הרב ז"ל בב"י דלא פליגי דר"ה וקאמר ה"ה ז"ל לא להצריך שיהא בו י"ו אמה אלא לאפוקי סימטא דכיון דאין רבים בוקעים בו להדיא יש להקפיד על דריסת הרגל ע"כ והסמ"ע כתב דלהרא"ש וסיעתו אף במפולש לסימטא דינו כמפולש לר"ה וכתב הרשב"א בתשובה הביאה הר' ז"ל בב"י ח"מ סי' קס"א שאין דברי' הללו אמורים דבשאינו מפולש מעכבין עליו אלא כשהפתח כנוך שראוי לעבור דרך שם ובני ר"ה ובני המבוי יכולין לדרוס באיסקופא התחתונה אבל כשאין האיסקופא נדרסת אין דרך לעבור שם וכדמוכח בפ"ק דעירובין

עתה באתי לענין פסק דינא ואומר דבני המבוי אחר שחבר רוצה ראובן לפתוח פתח לאותו מבוי כ"ע לא פליגי דבני מבוי מעכבין עליו אבל בני מבוי דידיה בזה נחלקו הפוסקים ואם הוא מפולש לר"ה כ"ע לא פליגי דאין בני מבוי מעכבין עליו כי פליגי במפולש לסימטא דלדעת ה"ה והרב הנמקי מעכבין עליו ולדעת הסמ"ע לדעת הרא"ש וסיעתו אפי' במפולש לסימטא ובשאינו מפולש אפילו לסימטא היינו דוקא כשהפתח נמוך אבל כשאין הפתח נמוך אין מעכבין ובשאין מפולש לא לר"ה ולא לסימטא והפתח נמוך לרש"י וסיעתו נ"כ אין יכולין לעכב ולהרא"ש וסיעתו ז"ל יכולין לעכב עליו ולפי הכלל המסור בידינו דיכול המוחזק לומר קים לי בכל מחלוקות הללו המוחזק יאמר קים לי אלא מיהו כ"ל מי הוא המוחזק ראובן שבא המזיק ורוצה לפתוח הפתח או בני מבוי שהם הנזקין ונראה ודאי דדריסת כף רגל הזק גדול והזק מבורר הוא בין למהריב"ל בין למהרש"ך הניזק הוא המוחזק אמנם לפי שיש חולקים ואומרים דבין נזק גדול בין קטן בין מבורר בין שאינו מבורר בין טובה בראותו בין שוטה ברשו' הניזק המזיק הוא המוחזק

הדרינן לכללין דכל היכא דבהא פליגי אם הוי מוחזק או לא אין שום אחד מהם יכול לומר קים לי אלא הדרינן לכללין למיזל בתר רובא והכא רובא דרבוותא סברי דאפילו בני מבוי דידיה מעכבין עליו הרמב"ן ומהר"ם והרא"ש והרב בעל הטורים והגהות מיימוניות וב"י דאפי' הרי"ף והרמב"ם ורש"י שמפרשין בני מבוי אחר כתב הרב ז"ל בב"י דמודים לדינו של רבינו מאיר לא נשאר כי אם הרשב"א והריטב"א שחולקין על זה ונקיטינן כרבים וכ"פ הרב בספר הקצר והב"ח

ומה שטוען ראובן מדוע הם מוחים עכשיו מתוך תשל בני המבוי מוכח דטענתו מדוע לא מיחו עד עכשיו ורוצה לזכות מטעם שתיקה כהודאה דמיא ואין בטענתם כלום דמלבד דבני המבוי משיבים יפה דבעוד שהיו בני המבוי האחר מוחים לא היה להם הכרח למחות אין בטענתו כלום דלאו בכל מילי אמרינן שתיקה כהודאה דאיכא דוכתי דשתיק' כהודאה דמיא ואיכא דוכתי דשתיקה לאו כהודא' דמיא והכא לא שייך למימ' שתיק' כהודא' דמיא דלא

עבה

עשה שום מעשה כדי שנאמר מדלא מיחו ושתקו סברו וקבילו אלא היה לו לומר לפתוח הפתח וכל עוד שלא עשה מעשה לא מיחו בידו דעביד איניש דמקרי ואמר אולי לא יעשה ואם יעשה בעת הפתיחה נמחה בידו ואע"פ שאין צורך לזה לנדון שלפנינו כדי להתלמד במקום אחר יש לחקור אם היה באופן שאחר שפייס ראובן לבני המבוי האחר ופתח הפתח ושתקו בני מבוי שלו ואחר כך ערערו מה הדין נותן ואם לא עברו שני חזקה ולא בא בטענה בהא לא קא מבעיא לי דודאי אין חזקתו חזקה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא בחזקת הניזקין אי בעי ג"ש וטענה או חזקתן לאלתר ואיכא נ"כ פלוגתא מי הוא המוחזק המזיק או הניזק אין לומר קים לי כיון דהא פלוגתא ואית לן למיזל בתר רובא והרוב הם הסוברים דאפי' בחזקת הניזקין בעינן ג"ש וטענה כמו שהוכחתי בתשובה אחרת מהחלק הזה סימן נ"ז כי קא מבעיא לי אם החזיק ג"ש ובא בטענ' אם עלתה לו חזקה למחזיק או יכול המערער למחות סבורין הייתי דהייתי יכולין לקבל ועכשיו אין אנו יכולין לקבל דכל נזק שאין אדם יכול לסבלו אין להם חזקה כדאיתא פרק לא יחפור ואפי' שאר האנשים יכולין לסבלו אם המערער אינו יכול לסבלו אין לו חזקה כמ"ש הרשב"א והרא"ש והריב"ש וב"י ובעל הטורים כמבואר בח"מ סימן קנ"ה וגם בב"י

ולהאירה נראה דכיון דהטעם הוא משום שמרבה דריסת הרגל אין להם חזקה כההיא דדקדק הרשב"א ז"ל והביאו הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן קנ"ו ס"ד דמדתנן חנות שבחצר יכולין למחות בידו ולא קאמר ולא יעשה אדם חנות בחצר ש"מ שאפי' חנות שבחצר שנעשה ברשות אפ"ה יכולין למחות בידו ולומ' סבורין היינו שיכולי' לקבל ועכשיו אין אנו יכולין לקבל וכ"כ הרמב"ם ורבי' ירוחם בנל"ה ח"ו והכ"י פ' לא יחפור

וכד מעיינן שפיר ליתא דלא כתבו הרבנים הנז' דאפי' פתח ברשות יכולין למחות בידו אלא דוקא בחנות שבחצר שהאומנות קבועה ובשביל החנות מתרבה מאד דריסת הרגל כל שעה ושעה אבל בנדון שלפנינו שאין שם חנות אלא שמא יבואו מהמבוי האחר ויעברו דרך שם דריסת רגל כזה אינו תדיר ואינו ברבוי כמו החנות דבאין שם מעלמא לקנות אבל הכא אין שם אלא מבני המבוי וריבוי דריסת רגל כזה אם פתח ברשות שוב אינו יכול לומר סבור הייתי לקבל ועכשיו איני יכול לקבל וכן יש לדקדק מדברי הרב הנמקי בפרק לא יחפור והביאו הרב ז"ל בח"מ סימן קנ"ו שכתב ולמדנו מהירושלמי שהזק רבוי הדרך של אומן בחצר הזק גדול הוא ע"כ דקדק לומר שהזק ריבוי הדרך של אומר בחצר נזק גדול לומר דוקא כשהאומן בחצר כההיא דחנות

כלל העולה בנדון שלפנינו יכולין בני מבוי האחר שלצד מזרחה של חצר ראובן למחות בראובן שלא יפתח הפתח שרוצה לפתוח בצד מערב מפני טענה שמרבה עליהם את הדרך הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ק"ה

הת"ח קושטאנדינא להחכמים כמה"ר יצחק ששון וכה"ר נסים אלאטון וכה"ר משה קורדון י"א

שאלה - מעיר שאלוניקי יצאו אנשים רבים מהם יצאו בשנת הש"ף ומהם בשנת הש"ע ומהם בשנת הש"ס וקבעו דירתם בקושט' ומאז כואם בקושטאנדינא פורעים מסים וכל עולי מלכות ועתה באו מורשי שאלוניקי ותובעים לאנשים שיצאו משם בשעת צאתם היתה העיר משועבדת והיו על כולם חובות הרבה לסוחרים ושרים והיות שקודם צאתם מן העיר היו אז נלכדים ברשת פרעון ואותם החובות עדיין אותו החוב מוטל על כולם והם משיבים שבעת צאתם רובם היו שלא הגיעו לעונת הפעוטות וכריעת מסים ועולי מלכות ולא חלה עליה' שום חיוב ומיעוטם היו עניים שלא היו פורעים שום מס ועוד טוענים שבשנת הש"ד עשו הסכמה רבני ונגידי שאלוניקי שכל מי שירצה לצאת מן העיר קודם הפסח הרשות נתונה בידו ופטור מכלום ואם חל עליו הפסח יפרע של אותה שנה בלבד וילך לו וא"כ אין לך מחילה גדולה מזו יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה כמה כרטוסים כרכרתי שלא להכניס עצמי בסלע המחלוקות אבל מה אעשה שהחכמים השלמים אחי ורעי עדת הנעלבים נתנו עיניהם בי ועלו שמו פניהם על כל פנים אכתוב להם שתי שורות על פני רוחב השאלה ויכרו כי עד בוש ולהיות שאהבתם גברה עלי מאד מצורף לזה כי עגמה נפשי כמה הרפתקי דעדו עלייהו השנה הזאת משאת מלך ושריה השתרגו עלו על צואריהם שהוצרכו לפזר סך גדול לבטל גזרת המשנה נגזר עליהם יעתקו מן העיר וילכו להשתקע לעיר שאלוניקי לבקשת החכמים השלמים שלוחי עיר שאלוניקי יע"א לפי דבריהם ולא די להם זה הצער אלא שרוצים להיכנס בפרנ' פרעות עמהם בעירם נדרשתי לאשר שאלוני נמצאתי לאשר בקשוני ונדרש אענה כדת מה לעשות לענין פסקא דדינא אציגה נא שתי הקדמות כוללות הצריכו' לענייננו ואחר כך אבא לענין הדין כפי מה שיורוני מן השמים

הקדמה ראשונה שעיקר דיני המסים תלויים על פי המנהג שנהגו ותקנו עיר ועיר ומקום אשר דבר המלך ודתו מגיע לגבות מסיו והעלותיו וכדתניא בפרק הגוזל ובלבד שלא ישנו ממנהג הספנין והחמרים כו' הלכתא אזלינן בתר מנהגא וכבר בא הדבר מבואר בארוכה בדברי המרדכי בפ"ק דבתרא והרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קס"ג מחודשין ד' ובמודפסות סי' תשע"ז והר"ן ז"ל בתשובה סי' י"א והריב"ש ז"ל סי' תע"ו ותע"ז ונמקי הרמ"ס ז"ל סי' י"ד וי"ח ומהר"י ווייל סי' קל"ג ות"ה סי' שמ"ב ומהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' ע"ז כ"א ק"ן ומהרש"ך ז"ל ח"א סימן קכ"א וקפ"ב והרא"נ"ח ז"ל סימן ל"ט ומ"ט ומהרמ"ע מפאנו ז"ל סי' מ"ג ומהר"א ששון ז"ל סימן ס"ט ומהרש"ך ז"ל סי' ט' (הגה"ה והרא"ד"ב ז"ל שנדפסו מחדש בסי' ע"ט ומהר"ם קלעי ז"ל בתשובה שהובאה בסוף ספר מקור ברוך ע"כ הגה"ה) וכן תמצא בכל ספרי גדולי האחרו' וכבר האריך בזה בספר משאת מלך בסוף הספר עיין שם ובמהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' קפ"א

הקדמה שניה דכל יחיד המתדיין עם הרבים בענייני מסים הרבים הם המוחזקים וכמ"ש המרדכי ז"ל פרק לא יחפור והעתיקו דבריו ז"ל מהר"י ווייל ז"ל סי' קכ"ג וקל"ג וקמ"ז ת"ה סי' שמ"א מהר"י קולון ז"ל שרש א"ב והרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ד' מהריב"ל ס"ג סי' מ"ז ק"ח הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' שמ"א מהרש"ך ז"ל ח"א סי' קמ"ט ח"ב סי' קמ"ז הרא"נ"ח ז"ל סי' ל"ט מהר"א ששון ז"ל סי' ס"ט בנימין זאב סי' רכ"ה מהרש"ח ז"ל סי' ס' הר"י הלוי ז"ל סימן כ"ח משפט צדק ח"ב סי' ל"ד וב"כ ספר האגודה פרק לא יחפור

ופרק

ופרק איזהו נשך ובנמקי הרמ"ס ז"ל סי' ל"ז (הגה"ה והרדב"ז ז"ל בתוספות סי' קע"ג ומורי הרב ז"ל חלק ח"מ סי' כ"ט מהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סי' כ"ד ע"כ ההגה"ה) והסכים מהריב"ל בזימני הנז' דהמרדכי יהיב תרי טעמי חדא דקדרה דבי שותפי לא קרירי ולא חמימי והב' דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח ולפי טעם דקדירה דבי שותפי לא קרירי ולא חמימי אין לרבים על היחיד עדיפות אלא ליקח ממנו משכון מתחלה ואח"כ ירדו לדין עמו אבל בפלוגתא דרבוותא אין הרבים מוחזקים נגד היחיד שהוא מוחזק בממונו אבל לטעם השני דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח אפילו בפלוגתא דרבוותא הקהל מוחזקים וראיתי בספר משא מלך כתב על זה איברא דמלשון המרדכי נראה שהכל דבר אחד הוא שכתב מכאן יש סמך לקהלות כו' וכתב ר"מ כי מנהג תורה היא ויש להם על מה שיסמוכו כו' בנראה שהכל הולך אל מקום אחד כו' ע"כ (הגה"ה וכן מוכח מדברי הרדב"ז ז"ל סי' הנז' שכתב ובלאו האי טעמא כל דין שיש ליחיד על הצבור אמרינן לצבור מוחזקים ועל היחיד להביא ראיה וטעמא דמסתבר הוא דאלת"ה כל אחד וא' יחזיק בשל צבור והצבור לא יוכלו להביא ראיה דקדירא דבי שותפי לא קרירי ולא חמימי ע"כ מוכח בבירור מדבריו דאפילו לטעמא דקדירא דבי שותפי לא קרירי ולא חמימי בכל דבר ספק הצבור מוחזקין ועל היחיד להביא ראיה ע"כ ההגה"ה) ולדידי חזי לי שהמדקדק בדברי המרדכי ז"ל יר' שכיון למ"ש מהריב"ל ז"ל שהרי כתב וכתב ר"מ ז"ל כי מנהג תורה היא ויש להם על מה שיסמוכו מפרק הרבית כו' ע"כ ויש לדקדק והלא סמך גדול למנהג מפרק לא יחפור וכמ"ש המרדכי ז"ל ומה לנו לחזור על פרק הרבית ואם בא לומר שגם מפרק הרבית יש סמך הי"ל לומר ויש עוד סמך כו' אלא שהאמת יורה דרכו כשאמר מהר"ם ז"ל שהוא מנהג תורה ויש להם על מה שיסמוכו מפרק הרבית על המנהג שנוהגין הקהל לומר קים לן בפלוגתא דרבוותא כתב כן ועל זה הוצרך למצוא ראיה מפרק הרבית ומפרק לא יחפור ליכא למשמע אלא לגבות ממנו תחלה ואח"כ ירדו לדין אבל לא לומר קים לן בפלוגתא דרבוותא והמרדכי כשכתב מכאן יש סמך לקהלות לא כתב מכאן יש סמך לקהלות להיותן מוחזקין אלא כך כתב שהקהל גובין ממנו תחלה משום דמפרק לא יחפור אין ראיה דהקהל מוחזקין כדכתבינן ואח"כ כתב דברי ר"מ משום דמדברי ר"מ יש עוד סמך למה שנהגו לומר קים לן בפלוגתא דרבוותא והדבר מוכרח בעצמו דאיך איפשר ללמוד מפרק לא יחפור דיכולין הקהל לומר קים לן בפלוגתא דרבוותא ומשם ליכא גלוי לזה כלל וכמ"ש ולפי האמור יתיישב ג"כ מה שהקשה בספר משא מלך על מ"ש בעה"ת ומהריב"ל ז"ל דדוקא במסים אמרינן דהקהל מוחזקין לומר קים לן בפלוגתא דרבוותא לא בשאר דברים אלא שהקהל גובין ממנו תחלה ואח"כ ירדו לדין דאיך כתב המרדכי שמכאן יש סמך שיחיד המדיין בעבור ענייני מסים שהקהל גובין ממנו תחלה שהרי לענין שהקהל גובין ממנו תחלה מסים ושאר ענינים שוים ודקדוק נכון הוא ולפי מ"ש יתיישב שהמרדכי רצה לקיים דאפילו לומר קים לן הם המוחזקים מטעם דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח וזה לא שייך אלא במסים ולהכי נקט בראש דבריו מסים אבל אה"נ דאפי' לשאר דברים הם מוחזקים לגבות מהם תחלה ואח"כ לירד עמו לדין

וראיתי עוד לבעל משא מלך בסוף החלק ההוא שכתב ודע שמה שהזכירו הפוסקים יחיד נגד רבים ה"ה יחידים כיון דרבים תובעים ליחידים וכן נראה מדברי מהר"י קולון ז"ל שרש ג' שכתב יחיד או יחידים ע"כ ויש לתמוה עליו שהוצרך ללמדו מדקדוק דברי מהר"י קולון והבעת"ה בסי' שמ"א כתב על ענין ד' אנשים שאלו מבכורי שהרבים הם מוחזקים לגבי ד' אנשים הללו ושמא תאמר דהתם היו ד' וולא־ד' לגבי רבים יחידים מקרו אבל הוא ז"ל רוצה לומר בעשרה ויותר מעשר' שהם קהל ועדה מיקר' שהם צריכין לגבי הרוב צריכין אנו למודעי היאך מוכח זה מדברי מהר"י קולון ז"ל שאיפשר שמ"ש ז"ל יחיד או יחידים בפחות מעשרה קאמר שהם יחידים ועוד שהרי הבעת"ה באותה תשובה בראש דבריו כתב כדברי מהר"י קולון ז"ל וז"ל וגם יש להסתפק לפי חילוק הפרישות והדעות בכל הני מילי דרבים נקראים מוחזקים לגבי יחיד או יחידי' כו' ונראה דאין כונת הרב ז"ל להוכיח מדברי הרב מהר"י קולון ז"ל דלאו דוקא יחיד אלא ה"ה יחידים מדכתב יחידים אלא כונתו לומר דמתוך שאלתו משמע דהיחידי' היו יותר מעשר' ואע"פי כן כתב דהרבים מוחזקין לגבייהו אבל מת"ה אין ראיה דבשאלה נתפרש שהיו ד' ונמצינו למדין מזה דהמיעוט לגבי רוב יחיד המדיין עם הרבים מקרי וכך הם דברי הרא"ח ז"ל בסי' ל"ט ומהר"א ששון ז"ל סי' ס"ט וכן נראה ברור מדברי מהרש"ח ז"ל סי' ט

אבל אעיקרא דדינא פירכא לא ידעתי למה הוצרך בעל משא מלך לעשות סמוכו' לדינו מדברי הגאון מהר"י קולון ז"ל והוא פשוט מעצמו מהטעם שכתב מהר"ם ז"ל דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח ולכי זה מה לי יחיד מה לי יחידים עד שהכי אומר דאפילו יחיד שהוא הונס מס לרבים והרבים אינם רוצים לפרוע ולפטור עצמם מהמס ומחלוקתם תלוי בפלוגתא דרבוותא היחיד נקרא מוחזק ויכול לומר קים לי כרבוותא דמסייעי לי משום דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח וזה שהמרדכי יפה נהוגו יחיד המדיין עם הרבים היינו משום דמיירי לגבות ממנו תחלה ואח"כ ירדו לדין אפילו בענינים האחרים שאינן מסים וכמ"ש ובדברים דלאו מסים דוקא רבים לגבי יחידים נקט יחיד המדיין עם הרבים אבל אה"נ דלענין מסים אפי' יחיד נגד רבים נקרא מוחזק מטעם דמוהרקייהו דהכי בטופסא דמלכא מנח גם הפוסקים שתפסו בנוסחם יחיד המדיין עם הרבים נגררו אחר האומר הראשון המרדכי ז"ל שתפס בנוסחן יחיד המדיין עם הרבים מהטעם שכתבתי אי נמי אורחא דמילתא נקטו שדרך המלך לתבוע המס מקהלות הקהל ולא מיחיד וזה ג"כ יתכן לדברי המרדכי ז"ל ולפי דרכנו למדנו חילוק ג' בין הני תרי טעמי חוץ מן השנים שכתוב בספר משא מלך דלטעם דקידרא דבי שותפי לא קרירי ולא חמימי דוקא יחיד לגבי רבים הרבים נקראים מוחזקים אבל לטעם דמוהרקייהו דהפי בטופסא דמלכא מנח אפילו יחיד לגבי רבים שתובע היחיד מס מן הרבים ואיכא ספקא נקרא היחיד מוחזק ואיפשר היה לומר דאף דעת בעל משא מלך כן אלא שהוצרך ללמדנו דין זה לשאר דברים שאינם מסים דהוי הדין דוקא יחיד לגבי רבים ולמדנו מדבריו דאפילו רבים לגבי יחידים אלא שממה שהוכיח כן ממהר"י קולון ז"ל א"א לומר כן שהרי מהר"י קולון ז"ל מיירי במסים ובפלוגתא דרבוותא ואיך שיהיה לע"ד דבמסים אפי' יחיד נגד רבים נקרא מוחזק אבל מה אעשה שלא ראיתי כן לגדולים שקדמוני ומדברי מהר"ס ז"ל שהוא מריה דשמעתתא נרא' דדוקא יחיד אבל רבים ומ"מ המיעוט לגבי הרוב אע"פי שהן רבים עתה מקרו יחיד המדיין עם הרבים

והוי יודע דלהיותם הרבים מוחזקים לגבי היחיד צריך תנאים רבים הביאום הפוסקים בספריהם ואסכן אל מקום אחד בספר משא מלך בספרו ומסיק שם וז"ל ולפי זה במנהג למדין בזמנינו זה שאין הקהלות מחלקין בין מסים שהם לפרוע אל המלך ובין שאר המסים אין שום

מקום לשבות הרבים מוחזקין אא"כ יש מנהג על זה ע"כ ואע"פי שדברים אלו מדברי מהריב"ל ח"ג סי' ק"ח למדם ואיפשר לפרש דברי מהריב"ל ז"ל בא כן אחר וישתנה הדין גם מדברי הרא"ח ז"ל סי' ל"ט ומהר"א ששון סי' ס"ט כן נראה מ"מ כבר הורה זקן בעל משא מלך והוא עמוד חזק להשען עליו הנשבע איברא שהוא יחיד בדבר הזה מכל מקו' מטעם אחר פטורים בכ"ד וכמו שאבאר (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות הרא"ל"ב ז"ל וראיתי בסי' ל"ב השכיל לדברי בעל משא מלך) וכתב מהרש"ח ז"ל בסי' ט' דהיכא דהיחיד פורע מס במקום אחר ואם באת לחייבו לפרוע עם הרבים נמצא פורע בשני מקומות לא אמרינן בהא שהרבי' מוחזקים דהרבים הוו מוחזקים משום דינא דמלכותא והמלך אינו רוצה לגזול שיפרע בשני המקומות והוי יותר טוד דאשיקרא דדינא הר"ן ז"ל בתשובה סי' י' חולק וסובר דהא דהרבים מוחזקים היינו כשהשעבוד ודאי אבל כשהשעבוד ספק היחיד הוי מוחזק וכתב בעל משא מלך דבפלוגתא דרבוותא מודה הר"ן ז"ל דהרבים מוחזקים ואין זה במשמע דברין י במכינו לתדין דלכולהו רבוותא שהזכרתי לטעלה לא אמרינן דהרבים מוחזקים אבל יחיד אלא דוקא במיסים ובתנאי' שהוזכרו בספר משא מלך אבל בשאר דברי' שאינן מסים הין הרבים מוחזקי' ובפלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי אפילו יחיד אבל רבים ותמהני ממהר"י הלוי ז"ל סי' כ"ח שכתב שהצבור הם מוחזקי' לגבי יחיד אפי' בדבר דלאו מסים כמ"ש מהר"י קולון ז"ל בתשובותיו וכן כל הפוסקים לא כתבו כן אלא לענין מסים לבד (הגה"ה ונה"ג יש לתמוה על הרדב"ז ז"ל שכת' במודפסו' סי' קע"ג בנדון שלו שלא היה מסים וז"ל ובלאו האי טעמא כל דין שיש ליחיד עם הצבור אמרינן לצבור מוחזקין ועל היחיד להביא ראיה וכן כתב מהרי"ק וכן יש במרדכי ע"כ וכבר נתבאר שהמרדכי ומהר"י קולון ז"ל לא כתבו כן אלא במסים ע"כ ההגה"ה)

ואחרי שהקדמתי שתי הקדמות כוללות הכריכות לפרטים שיבואו בעז"ה אבא לנ"ד ואומר דמה שעדת הנשבעי' שהם בקושט' טוענים שבשעת באתם משאלוניקי רובם היו שלא הגיעו לעונת פריעת מסים ועולים ולא חל עליהם חיו' ומקצת' היו עניים בבאתם שלא היו פורעים שום מס טענה יפה היא וכבר בא הדבר מבואר בדברי הגה' והפוסקים דהיוב המס מוטל על הממון ולא אקרקפתא דגברי זולת הכרא"ג' שהוא אקרקפתא דגברי ומה שאאריך בזה והכל הוא מבואר בספרי הפוסקים ובפרט בספר משא מלך ובעיר שאלוניקי שכל שאין לו ממון אינו פורע בעשיית הבגדי' ועולי המלכות זולת הכרא"ג' כמ"ש בעל משא מלך בסוף ח"ג סימן י"ט וכן המנהג עוד היום וא"כ אותם שלא הגיעו לעונת פריעת מסים ועולי מלכות ולא ירשו מאביהם ממון המחוייב וגם מה שהיה עני בזמנו שעה אע"פי שהקטנים גדלו אחר כך והעניים העשירו אינם מחוייבים לשלם אותו חוב שלא היו חייבין ומן הדין הולכין אחר הפסק הראשון כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תשע"ז והריב"ש ז"ל בסי' תע"ז ומהר"ס מטראני ח"א סי' ק"ק איברא שהרשב"א בסי' הנז' כת' שמנהג ידוע שלעולם הולכים אחר הפסק דהשתא והכל הקר המנהג ובן שמעתי שטוענין חכמי עיר שאלוניקי יע"א שמנהג מקומם שבזמן הפרעון משלם כל א' לפי מה שהוא בשעת הפרעון ונראה לע"ד שאפי' שיהיה המנהג כן פטורי' עדת הנשבעים מלשאת בעול מסי שאלוניקי והמנהג שנוהגים ללכת אחר הפסק דהשתא לא יועיל לזה דהיכא למימר דאם נהגו כן היינו לאותם העומדים במדינה ובמדינה עלמה פעמים קם ופעמים נפל אבל מי שילא מן העיר בעת כטורו ונתייחב בעיר אחרת אין כח במנהג ההוא לחייבו לפרוע פרעות בעיר שילא משם בחובות שהיו חייבים בעת פטורו וזה אני אחרו תמה שכתב הריב"ש ז"ל בסימן תע"ז דכל מנהג גרוע ואינו בנוי על קו היושר אין לדון בו אלא דומה בדומה ממש ובנ"ד כיון שמנהג זה אינו בנוי על קו היושר שמן הדין אין לחייב לאדם במה שהוא פטור אין לדון בו אלא דומה בדומה ודוקי' לאותם שבעיר לא לאותם שילאו מן העיר וקבעו דירת בעיר אחרת והרי כתב הריב"ש ז"ל בתשובה סימן תע"ז משם הרשב"א ז"ל בתשובה ות"מ לא נהגנו אנו ולא שאר סביביתינו כן אלא בפורעי המס שהיו כאן בשעה שלוו הקהל אותו חוב ושהיו חייבים לפרוע באותו חוב אלא שהיה הא' עשיר ונתמעט או עני שלא היה לו מעט ועכשיו נתעשר אבל מי שבא ממקום אחר לדור כאן בנתים זה אינו פורע כלום בחוב שקדם לביאתו דהשתא מעמידין אותו על הדין הגמור ולפי מנהגינו אותם האנשים שאמרת שבאו ביניכם לדור בינתים אין פורעין בחוב זה שקדם כלום ואפי' היה מנהגם לפרוע כפי הפסק דהשתא וכן בדין ונראוי דלמה יפרע מה שלא לוה ומה שלא גזל איך ישיב אבל אותן שהיו בעיר פורעין לפי המנהג ע"כ וכיון דבבא בנתים פטר הרשב"א ז"ל לפי המנהג ה"ה מי שהיה פטור בשעת החיוב אין מחייבין אותו מצד המנהג אלא בהיותו בעיר וכ"כ הריב"ש ז"ל בתשובה הנז' וז"ל וכן אם נהגו שיפרע בגביות הנעשו' לפי הפרעון פירות וקרן החובות בהיותו עומד שם אין מחייבין אותו מחמת המנהג ההוא אם ירצה לצאת מן העיר שיפרע חלקו המגיע בחובות ההם אם לא נהגו ממש ע"כ והע"ב דהתם לא היה בעיר בשעת החיוב מ"מ כיון דטעם הפטור הוא דכיון דלא נתחייב בו אלא מצד המנהג אין לדון בו אלא דומה בדומה ממש גם בנדון שלנו כיון דאינו חייב אלא מחמת המנהג אין לדון בו אלא דומה בדומה בהיותו בעיר לא מי שעיקר דירתו מן העיר

וכדי שלא ליתן פתחון פה למתעקש לומר דלא דמי מי שבא לדור בנתים שלא היה בעיר בשעת החיוב למי שהיה שם בשעת החיוב וירצה להוכיח כן מתשו' הריב"ש ז"ל סימן הנז' שלא אמר שהמנהג אינו בנוי על קו היושר אלא דוקא במה שנהגו לחייב לשא מחרש בחובות שקדמו אבל במה שנהגו לחייב כפי הפסק דהשתא אין זה המנהג גרוע דקדקתי בתשובת הרשב"א ז"ל וראיתי שלא כתב שנהגן הקהלות ללכת אחר הפסק דהשתא אלא דוקא במי שנתחייב במס משיקרא אם מעט ואם הרבה וכגון שהיה עשיר ונתמעט או עני שהיה פורע מעט ונתעשר אבל מי שלא היה לו ממון כלל שהיה פטור מכל וכל לא נהגו בזה לחייבו כפי הפסק דהשתא שכן כתב הרב ז"ל אנו לא נהגנו כן אלא בפורע מס בשעה שלוו הקהלכו' ואם המנהג היה לחייב אפילו מי שאינו פורע כלל בשעת החוב לא הי"ל לומר אנו לא נהגנו כן אלא בפורעי המס שעני שלא היה פורע מס לאו פורעי המס מקרי אלא כך הי"ל לומר אנו לא נהגנו כן אלא באנשים שהיו כאן בשעה שלוו החוב ואם נפשך לומר שקראם פורעי המס כפי הפסק דהשתא שפיל לסיפיה דקאמר עשיר ונתמעט או עני שלא היה לו מעט אם המנהג היה לחייב אפי' עני שלא היה פורע מס כלל מה לו להאריך כ"כ לימא עני והעשיר או עשיר והעני אלא ע"כ לומר שהמנהג לא היה במי שלא היה פורע כלום ולכך הוצרך להאריך ולפרש או עני שלא היה לו אלא מעט דעני שלא היה פורע כלום פטור אפילו לפי המנהג וטעם גדול יש בדבר דבשלמא עשיר שנתמעט או עני שלא היה לו מעט והעשיר כבר נתחייב בחוב בין רב למעט

אבל

אבל לעני הפטור מכל וכל שלא נתחייב כלל למה נחייבהו בזה שלא נתחייב כלל באותו החיוב מכל וכל ומה שהרשב"א ז"ל סיים ואמר אבל מי שבא ממקום אחר לדור בנתים אינו פורע כלום בחוב שקדם לביאתו

ולפי דרכנו עליפא הי"ל לומר אבל מי שהיה עני מכל וכל והעשיר אינו פורע כלום היינו טעמא מפני שמאלתו היתה על מי שבא לגור בנתי' כמ"ש בתשובתו ועל זה השיב ולכן סיים אבל מי שבא לגור בנתים אינו פורע כלום אבל אה"נ דלענין דינא עני ורש מכל וכל והעשיר ומי שבא לגור בנתים שוים והכל השוה שבהם שאינם פורעים כפי הפסק דהשתא וכ"ש אם פורעים מם במקום שנתייםבו שמותר המנהג לדין התורה שאם אתה אומר שיפרע במקום שילא משם לקתיה מדת הדין שיפרע בשני המקומות ואין לנו לומר שהיה המנהג הפך הדין שנכון לדקדק הטב ולסמוך המנהג לדין תורה ולמלוא לו סעד וסמך לדברי חכמים ולאוקומי בטעם וסברא כמ"ש בת"ה סימן שמ"א (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות הרא"ב ז"ל ומדברין בסימן ע"ו מוכח דאפילו היה עני מכל וכל ולא נכנס כלל בחיוב הפרעון פורע לפי הפסק דהשתא לפי המנהג ובעיני יפלא שכבר הוכחתי שאינו כן אם לא שנאמ' דכיון דבנדון הרב ז"ל כבר נכנס בעול לפרוע בספק גולגלתא עני שלא היה לו אלא מעט ונתעשר מקרי ע"כ הגה"ה)

וכי עתה הרחיב ה' לנו ונכינו לדין דלא כתב הרשב"א ז"ל דהמנהג כן אלא במי שנתחייב בחוב בין רב למעט אמר מעתה דאפילו נימא דלא קרא הרשב"א והריב"ש ז"ל מנהג גרוע ושאינו בנוי על קו היושר אלא דוקא המנהג שנהגו ללכת אחר הפסק דהשתא במי שבא לגור בנתים לא במי שהיה בעיר בשעת החיוב כנדון שלנו אינם חייבים לפרוע כלום כיון דלא נתחייבו מכל וכל בדכתבינן ואם נהגו כן בשאלוניקי להייב אפי' מי שהיה פטור מכל וכל בשעת החיוב אינו בנוי על קו היושר ואין לדון בו אלא דומה בדומה ודוקא בהיותם בעיר לא בעקרו דירתם מן העיר

ויש להסתפק על המנהג שכתב הרשב"א ז"ל שנהגו ללכת אחר הפסק דהשתא אם קיימו הקהל עליהם חוב ולזמן ההוא היה להם לפרוע והטריכו הפרעון ונשתנה הפסק בנתים מה הדין ואם ת"ל דכיון דהעיכוב בא בשביל' לא יפרע אלא כפי הפסק הראשון אם נתארך הזמן מחמת שלא היה להם לפרוע אם נאמר כיון דלא בא העיכוב בשבילם כלך אחר הפסק דהשתא ובמנהגא לא קא מיבעיא לי דאם יש מנהג על זה הלך אחר המנהג כי קא מבעיא לי במקום שיש שם מנהג ללכת אחר הפסק דהשתא ואין מנהג ברור היכא שנתארך זמן הפרעון ולא מצאתי מי שיאיר עיני בספק הלז זולת הרב ר"מ האשכנזי בעל מגהיר עיני חכמים בתשובותיו כתב על דבר המסים אשר נתחייבו הקהל מקודם רק שנתמשך העניין שלא נגבו עד עתה ובתוך כך עשו הערכה וסכום חדש ונפלה מחלוקת אם להגבותו לפי סכום חדש או הישן כו'

כלל הדברים אם כבר נעשה פנקס הגביה מה שנוגע לכל א' כפי סכום הישן למסרו ליד השמש להגבות המסים כפי הנהוג רק שנתמשך העניין בשבת מה שלא נגבה או יגבו לפי הפנקס הישן ואם לא נעשה שום פנקס על מסים אלו ונמשך העניין עד עתה שנעשה הערכה וסכום חדש אז יגבו אותו כפי סכום החדש כי כן הוא מנהג הקהלות בענייני המסים שהכל הולך אחר זמן הגביה כמו שכתב הריב"ש בשם תשובת הרשב"א ז"ל ע"כ ולא

איתפרש בדברי הרב ז"ל אם מה שנתמשך העניין היה מסיבתם או מחמת שלא היה להם לפרוע

הכלל העולה שהיוצאים משאלוניקי ונתיישבו בקוש' אם ילאו בעודם פטורים פטורים מלשלם בחוב שהיו חייבים בעיר שאלוניקי אנשי שאלוניקי קודם צאתם אפילו לפי מנהגם ותשובת הרא"ש ז"ל בכלל י"ב סימן ו' שכתב אם המס שהטיל השלטון על הקהל היא הקצבה שרגילין ליתן בכל שנה ושנה חייבים לפרוע חלקם המגיעם כו' אינו ענין לזה דהתם לא חייבם הרא"ש אלא מפני שמיום בואם לעיר נתחייבו במסי העיר ההיא מכאן ולהבא וכיון שבאותו קצבה שנתנו הקהל פטורים עד זמן ידוע הרי בפרעון זה נפטר אותו הבא משעת ביאתו עד הזמן הקצוב וחייב לשלם אבל בנ"ד דבשעת החיוב פטורי' אין עליהם חיוב כלל וזה פשוט

זה כתבתי בהגהה שכך נהגו בשאלוניקי אמנם יש הכחשה בדבר שהאנשים היוצאים משאלוניקי מכחישים להחכמים שלוחי עיר שאלוניקי שלא היו דברים מעולם ומעולם לא נתנהג מנהג זה וכיון שיש הכחשה ביניהם מי יכחיש ביניהם או מי יעיד ע"ז וכבר האריכו הפוסקים בענין זה הרבה ובפרט בספר משא מלך ויראה המעיין שם מ"ש בשם הרשד"ס ז"ל בחלק י"ד סימן כ"ז דאפילו לפי המנהג שנהגו עכשיו להכשיר עידי הקהל בשמו' הרשב"א והרא"ש והריב"ש ז"ל היינו דוקא כשאחד או שנים מדייקים אם הקהל אבל כל שיש רבים מכת אחת שאומרת כך היתה התקנה וכת אחרת אומרת לא היתה מאי הולמייהו דהני מהני ע"כ ולא תימא דהרשד"ס ז"ל לא איירי אלא במחלוקת קהל אחד שאז אם יש להם דין א' על א' יכול להביא עדים מקהל אחר אם בני קהלו נוגעים בעדות אבל כשהדבר נוגע לכללות העיר או אין צריך להביא עדים ממדינה אחרת כמו שחילק בספר משא מלך דמדברי הרשד"ס ז"ל לא משמע הכי ממה שהרגש מדברי הרשב"א ז"ל ומה גם לטעם השני שכתב דאעיקרא דדינא פירכא דהללו אומרים שהם יחידים מהקהל והללו אומרים שאינם יחידים מן הקהל בהא ודאי אפילו יחיד אבל רבים אין הרבים נאמנים כיון שהם נוגעים בעדות ויודה הרשב"א ז"ל שצריכין להביא עדים מבחוץ ע"כ ואפילו תימא דהרשד"ס ז"ל לא איירי כשהדבר נוגע לכללות העיר בנ"ד יודה דלא מהני עדותן דע"כ לא קאמר הרשב"א והרא"ש ז"ל דנהגו לקבל עדים מן העיר אלא כשהיחיד הוא מעירם ויושב שם אבל אם הנתבע מלד הדין הוא מעיר אחרת והם באים להכניסו בברית עירם מטעם המנהג אינם נאמנים דהוו נוגעים בעדות וכן בא הדבר מבואר בתשובת הרשד"ס חלק הג' סימן קכ"ה

וראיתי להרב המובהק וגדול בדורינו כמהר"ר חיים שבתי נר"ו בתשובה אחת ארוכה בספר משפט צדק ח"א סימן כ"ג כתב ואע"פ שכתבו הרשב"א והרא"ש ז"ל בתשובותיהם שעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל קדוש זה יובן כשאדם אחד עם בני עירו או בני קהלו דהוי כאלו קבלו עליהם אבל במקום שיש קהלות הרבה ויחיד מן קהל אחד יש לו תביעה עם ק"ק אחר מסתבר ודאי שאינם יכולין הקהל האחר להעיד על עצמם להנאתם נגד אותו יחיד ע"כ

ונראה בעיני דכדין הקהל כן דין העיר דכי היכי דאין בני הקהל נאמנים להעיד על יחיד מקהל אחר לתועלתם אף בני עיר אחרת אין יכולין להעיד נגד יחיד מעיר אחרת לתועלתם דל"ש קהל מעיר לענין זה וכל זה שכתבתי הוא בהגהה דעל הפתח מנהג הקהלות כך הוא אלא

שלא להביא עדים משבח אבל בעל משפטי שמואל סימן כ"ח ס"ו ע"ט כתב דהרשב"א והרא"ש ז"ל מדברים במקום שיש שם מנהג או תקנה אבל במקום דליכא מנהג או תקנה מוקמינן ליה הדין תורה וצריכין להביא עדים משבח וכן נראה מהרבה תשובות מהרשד"ם ז"ל בחלק י"ד שפסל לאנשי הקהל מטעם נגיעת עדות ולא הזכיר המנהג

איברא דבתשובה אחרת הזכיר דברי הרשב"א והרא"ש ז"ל וחלק חילוקים כמ"ש אשר שדבריו למקום שנהגו ומהר"י ווייל ז"ל בסימן קכ"ג כתב ואם אין עדים בדבר שעשה שבועת שקר אלא השמאים או שאר עדים מן הקהל או איכו פסול לשבועה דכולם הם נוגעים בדבר ע"כ ומדלא כתב דמטעם המנהג נאמנים נראה דס"ל דהמנהג איכו אלא במקום שנהגו בו או התקינו כן אבל בפתחא מוקמי' ליה אדין תורה כדברי משפטי שמואל וכן מצאתי למהר"ש יפה ז"ל דהשתא מקומות לא סמכינן על זה גם הר"ם קאשטילאץ ז"ל בתשובה כ"י כתב דמנהג זה איכו מוסכם מהרמב"ם ז"ל והרב בעל הטורים ז"ל ושאר הפוסקים והרא"ש ז"ל בסימן כ"ט כתב דלמשים והקצבות בשתם מקומות הוו נוגעין בעדות ומהר"י אדרבי ז"ל בסימן קכ"ו כתב אבל בתביעת ממון לית דין ולית דיין דלימא שיהיו כשרים לדון ושיהיה כשפה הבית"ד דיין (הגה"ה וכ"כ הר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סימן ו' ע"כ הגה"ה)

ומסתמיות דבריו נראה דאין חילוק בזה אם יש מנהג או אין שם מנהג ואפילו תימא דמהר"י אדרבי ז"ל גם כן יודה דכשיש מנהג כשוט בעיר הלך ומהמנהג נקוט מיהא דבמקום שאין שם מנהג מוקמינן ליה אדין תורה כבשתם מקומות

וכ"ת לפלקו בי תרי מיכייהו ויעידו כדאמרינן בפ"ח דבתם שעבר יכולין להסתלק ככי מ"ש הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן ז' ובעל משא מלך בח"ו משפט ג' לייטב שתי תשובות הרא"ש ז"ל דכלל ו' סימן י"ח וכלל נ"ח סימן ג' דסתרי אהדדי שתי תשובות כדבר חדא דסילוק בעדים אי מהני או לא במחלוקת היא שנויה שלדעת התוס' בפרק ח"ה בשם ר"י והרמב"ם והרמב"ן והרב בעל הטורים והר"ן ור' ברוך שהביא המרדכי פרק חזקת מהני סילוק בעדים כדיינים ולדעת התוס' בפרק בא סימן והר"ן והרא"ש ז"ל בקצת מתשובו' ורבינו ברוך כפי מ"ש הגהות מיימוניות בפט"ו מה"ע סילוק לא מהני בעדות ויש קצת שעד לההיא' מסוגיא דפרק האיש מקדש בההיא דקאמר והשתא דתקון רבנן שבועת השת כו' וכיון דבמחלוקת היא שנויה יכולין בני שאלוניקי שמתייששו בקושטא לומר קים לן כרבוותא דסברי דסילוק לא מהני בעדים ואע"ג דבעניני מסים הרבים מוחזקים כבר כתבתי למעלה בשם משא מלך ז"ל דבומניכנו זה דאין הרבים מוחזקים מפני שאין מחלקים בין מסים שהם למלך לשאר המסים (הגה"ה וכ"כ מהר"ם די בוטון ז"ל בתשובותיו סימן ל"ב כמ"ש למעלה בהגה"ה ע"כ הג"הה)

ושל דכבר נתבאר מדברי הרב ז"ל דאם פרעו למלך לא הוו הרבים מוחזקים ובנ"ד אין ספק שכבר פרעו למלך דאע"ג דהחובות עדיין קיימים היינו מהחובות שנתחדשו אחר כך יום יום ומלשון השאלה מוכח שהחובות אינם למלך שכתוב בשאלה ועתה באו מורשי עיר שאלוניקי ותובעין את האנשים שיצאו משם שבעת כאשם היתה העיר ממושכנת והיו על כולם חובות הרבה לסוחרים וגרים כו' דנראה שאלו מסוחרים וצריכים לפרוע להם וכיון דכבר פרעו אל המלך וליכא למימר מוחרקייהו דהני בטופסא דמלכא שנה לא תיקרי הרבים מוחזקים ואף שנאמר שעדיין חייבים אל

המלך השבראה נותנת שהחוב הזה הוא כחובות שנרהדו אחר כאשם ואין סברא דהחוב הזה הוא ממה שהיו חייבי' למלך זה ארבעים שנה אלא שהיו כורעים שנה זו חוב שנה שעברה וכן על זה הדרך עד שנתה הקרוב נתרבה החוב כי כשל כח הסבל ועוד כיון דעדת המתבעי' כורעים בקושט' אין המלך נקרא מוחזק דאין המלך רוצה לגבות שיפרעו שבני התקומות כמ"ש מהרש"ח ז"ל ואע"פ שהרב ז"ל בח"מ סימן ל"ג ומהריב"ל ז"ל בס"א דף קכ"ו ומהרש"ך ז"ל ח"א סימן קכ"ח ובעל תומת ישרים סימן כ"ד והרא"נ"ח ז"ל סימן כ"ט ומשא מלך ח"ג משפט א' (הגה"ה וב"ח סימן ו' ס"ט וכן נראה מדברי הרדב"ז ז"ל במורכבות סימן קפ"ג ומורי הרב ז"ל ח"א סימן ק"ה ע"כ הגה"ה) הסכימו דתיגני סילוק בעדים כמו בדיינים מלאנו ראינו למהרא"נ"ח ז"ל עצמו בסימן ק"ג ולמהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ס"ג כתבו דיכול המוחזק לומר קים לי וכן נראה מדברי הריטב"א ז"ל בקדושין פרק האיש מקדש ועיין בהגהות הרי"ף למרדכי דקדושין דף כ"ז ע"ב ובספר משפט צדק ח"א סימן מ"ט ון' ונ"א (הגה"ה וכ"כ פליטת ב"י סי' י"ח וכן נראה מדברי הרדב"ז בסימן י"א ודברי מהרשד"ם ז"ל בי"ד סימן קע"ב וקמ"ב ומהר"י אדרבי ז"ל סימן קנ"ו יש בהם מן הבלבול עמדתי עליהם בתשובה אחרת מהחלק היה סימן ע"כ ההגה"ה) ואין לתמוה על מהריב"ל ז"ל וסיעתו למה לא יוכלו המוחזקים למר קים לן כמ"ד דבעדים לא מהני סילוק כדרכם בכמה מקומות שבוס דקי' להו סוגיא דפח"ה ואע"ג דהך סוגיא אית לה כתר להנהו רבוותא כמ"ש במקום אחר ש"ל להנהו רבוותא דשנויי דחיקי נינהו ואשינויי דחיקי לא סמכינן

ולא יהא אלא מחלוקת שבני שאלוניקי אומרים דעדיין חייבים החוב הראשון ובני קושט'יניאים השאלוניקי אומרים שכבר פרעו החוב הראשון למלך אין בני שאלוניקי יכולין לומר אנו הרבים ומוחזקים וקים לן כאותם הפוסקים שסוברים דסלוק מהני לגבי עדים כיון דבהא פליגי משיקרא אם נקראים מוחזקין שבני שאלוניקי אומרים שהחובות הם למלך ונקראים מוחזקים ובני קושטאנדינא אומרים שהחובו' אינם למלך ואינם מוחזקים בהא והאי אין לומר קים לי וכמ"ש מהריב"ל בס"א סימן ע"ז ופ"א ומהרש"ך ז"ל ח"א סי' קל"ב ומהרש"ח ז"ל סימן כ"ד ול"ד ול"ז ומשפט צדק ח"א סי' י"א (הגה"ה ומורי הרב ז"ל ח"א סימן ע"ב וקכ"א ומהרח"ש ז"ל בתשובותיו השייכות לא"ה סימן כ"ט ומ"ו וכ"ד ופליטת בית יהודה סימן כ"ח והתימא על מהרח"ש שבסי' ן' ויכה למי שתפש אחר שנולד הספק ע"כ הג"הה) וזה כשאר שנים כתבתי קונט' על ענין אחר וחתמו יד ימינם מורי הרב ז"ל ומהר"ש ן' וילייד ומהר"ר אגוזי ז"ל וכולם קבעו מסמרות בסברא זו ומורי הרב ז"ל הביא ראיה לסבר' זו מכתובות פרק הכותב גבי קריביה דר"י דתפיש תורת משכנתא כו'

ואם לחשך אדם לומר ממקום שבאת איפכא מסתברא ומדיה תברה שמהרש"ך ז"ל בסימן ל"ז סייס ובהא ליכא למידן אלא אחר הרוב וכמ"ש מהריב"ל כו' ע"כ וכיון שכן בנ"ד ג"כ דבהא פליגי אם נקראים מוחזקים נלך אחר הרוב שהסכימו דאף בעדים מהני סילוק אף אתה אמור לו הן ואת"ה לא כדקא סבר דבשאלה התם לא זה תפוס ולא זה תפוס בעל הממון איכו תפוס שכבר תפס שכנגדו התופס איכו מוחזק כיון שתפס שלא ברשות ובטענת ספק וכיון שאינם מוחזקים דין הוא שנלך אחר הרוב אבל בנדון שלנו שהיחידים הם מוחזקים בממונם אלא דמטעם דמוחרקייהו דהני בטופסא דהלכא מנה אתה בא להחשיב לרבים מוחזקים בכל ספק שיסתפק שמא אין הרבים

מוחזקים כאחרו היחידים תפוסים בממונים ויכולים לומר קים לן כהנך רבוותא דסברי דהסילוק אינו מועיל לגבי עכו"ם ומטעם זה נ"כ אינם יכולים לומ' קים לן דהרובות הם למלך כיון שלדברי שכנגדם איכא למלך ואינן נקרא' מוחזקי' ועוד דכבר השכים בספר משא מלך דאין הרבים נקראים מוחזקים אלא בפלוגתא דרבוותא (הגה"ה בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן כ"ה בהגהת ב"י ובכללי הקים לי אות מ' כתבתי כלל זה דהיכא דבהא פליגי אי נקרא מוחזק או אינו נקרא מוחזק אין לומר קים לי וכתבתי שמהרי"ב"ל ס"ב סימן כ"ה ומהרש"ך ז"ל ח"א סימן ק"ז שינו את טעמם ובני ישראל ישמרהו האל בתשובה אחת הלא היא כתובה בחלק הזה סימן כ"ו כתב דיש חילוק בין קרקע למטלטלין דקרקע איכה נגזלת ולא שייך בהו תפיסה וכי כתבו הרבנים הנז' דמהניא תפיסה אחר שנולד הספק במטלטלין אמרוה דמטלטלין שתחת ידו הוי מוחזק והא אידך המע"ה וכתבתי בספר הנז' בסוף הספר שהטיב לראות ולפי זה גם בנ"ד דהוי מטלטלין לית לן למימר דניזל בתר רובא להוציא מידו ע"כ ההגה"ה) •

ועוד יש לומר דבנ"ד לא מהני סילוק אפילו לדעת הפוסקים דמהני סילוק בעדים והטעם בזה דבשלמא בתשובת הרא"ש ז"ל כלל כ"ח סימן ג' שהיה העדות על מס פרטי של אותה שנה סילוק מהני אבל בנ"ד שבעי' תם זה מחייבי' לפרוע למי שיעשיר מכאן ולהלן בחוב זה שלא נשתעבד או בחוב שיבא מכאן ולהלן והוא לא היה חייב באותו זמן שאח"כ העשיר ומחמת עדות זה שכך נהגו ללכת אחר הפסק דהשתא הוי מס שאין לו קצבה שמי יודע כמה יעשירו וכמה מס יתנו בכל שנה כדי שהעדי' יתנו לקהל הנוגע לחלקם במסי השנים ההוא ובמס שאין לו קצבה אין הסילוק מועיל כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה סי' י"ח וה"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הרוצה לעמוד על עיקרן של דברים אלו יעיין בטור ח"מ סימן ל"ג וב"ה כתבו"ר מכל זה ביאור גמור שכל שלא היו חייבין באותה שעה אינם נכנסים גם עתה בעול החובות

עתה באתי לחקור על אותם שיצאו משאלוניקי שהגיעו לעונת פריעת המסים והיה להם ממון שכבר נשתעבד לאותו חוב או אפילו אותם שלא הגיעו לעונ' פריעת המסים והיה להם מאביהם שירשו אותו שנתחייב בחוב אם חייבים לפרוע או לא • ולכאורה נר' שהם חייבים מהא דגרסינן בפ"ק דבתרא ההוא דמי כלילא דשדרו אטברי' אתו לקמיה דרבי ואמרו ליה ליתבו רבנן בהדן אמר להם לא ערקינן ערוקו פלגא דליוה אפלגא אתו לקמיה דרבי אמרו ליתבו רבנן בהדן כו' שש כובש דליוה אכובש ערק כובש פקע כלילא אמר רבי ראיתם שאין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ ע"כ

ואיכא למידק דלא אמר רבי אין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ אלא לאחר שברחו כולם ופקע דמי כלילא הא אם לא היה בורח הכובש ליכ' הוכחה דפורענות בא לעולם בשביל עמי הארץ וזה תימא דגופא דעובדא מוכח דלא הטילו מס אלא לע"ה שהרי כשברחו כולם ונשתייר ההוא כובש שריוה אכובש וכיון שכן הוא דמעיקרא לא הטילוה אלא על עמי הארץ אפילו בלא בריחת הכובש יכול היה רבי לומר שאין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ ותו קשה אם המלך הטילה על עמי הארץ ולא על החכמים מאי דעתייהו דעמי הארץ שרצו לחייב לחכמים שישאו עמהם בעול מס העטרה ונגזל קושיא זו לדעת מהר"ש ז"ל שהביא המרדכי פרק הגוזל בתרא דהך עובדא דכלילא עלילה היתה והסכים בס' משא מלך ח"א ש"ד מ"א דאפילו כולם בעיר והטילוה על המקצת אין השאר חייבים

וניחא לי שהמלך הטילה על כללות הצבור אלא שרבי והחכמים שבאותו הדור הטילוה על עמי הארץ כמו שהדין נותן שהת"ח פטורים ועמי הארץ היו רוצים שיפרעו ג"כ הת"ח ואם לאו יברחו בשתא וכשברחו כולם ר' וסיעתו שריוה אכובש אבל ראיתי לרש"י ז"ל שכתב שריוה אכובש הטילוה כחות המלך על הכובש ושמא כיון שדרך ומנהג העולם שהמלך מטיל מס על בני העיר בכללו' ותובע' מהיחידים העומדים על הצבור לגבות בעניינהם והם גובין המס מכללות העיר ע"י שליח המלך כתב רש"י ז"ל הטילוה כחות המלך על הכובש כלומר דמאמר וציווי המפקחים על הצבור אי נמי שכחות המלך כשבאו לגבות דמי הכלילא לא מיחו לת"ח לפי שהיו עוסקים בתורתם ומחאו ע"ה שהיו נושאים ונותנים במשא ומתן ותבעו מהם דמי הכלילא והם יגבו מכללות העיר וכשברחו כולם הטילוה כחות המלך על הכובש שיגבנה מכללות העיר ולא שישלם הוא כל דמי הכלילא

והנכון בעיני שכחות המלך לא הטילוה מתחלה אלא על עמי הארץ ולא על החכמים ולא אמר רבי שאין פורענות בא על העולם אלא בשביל עמי הארץ קודם דפקע דמי כלילא שהיה ירא שאם יברחו כולם יטילוה על הת"ח דכהי דבהיות עמי הארץ ותלמידי חכמים מוליגא דת"ח עדיפי מע"ה ולהם לבדם שיתנה הכלילא לפרוע מיהו אם אין שם עמי הארץ יטילוה על החכמים אבל כשראה רבי שכשברחו כל ע"ה פקע דמי כלילא התחיל מקנטרן בדברים ראיתם שאין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ ולפי תירוץ זה מה שרצו ועמי הארץ שהת"ח יסייעו ג"כ במס הכלילא על צד ההינגה והמה היו רוצים שלא מצד הדין

והוי יודע דבפירושא דהך עובדא דכלילא איפליגו רבוותא שלדעת ר"ת דהבורחים פטורים אע"פי שכבר הוטל המס כמ"ש ר"ת ז"ל הובאו דבריו במרדכי ז"ל ובהגה"א פ"ק דבתרא וז"ל ומכאן אומר ר"ת ז"ל אם הטיל מס או מתנה על בני העיר וברחו מקצתם שפטורים ואין אלו הנשארים יכולין לדוחקן ליתן מס עמהם דהא הכא דליוה אפלגא דהשאר ערקו אלמא דדין הוא דאיפטרו לגמרי אע"פ שלא מחל להם המלך כלו' ואע"ג דכבר שמו דמי כלילא ומ"ש הג"המר וז"ל השיב ר"י מפריש ז"ל על ראובן ושמעון שהיו דרים תחת שר אחד והטיל עליהם מתנה וברח האחד הטלת המתנה וחבירו הנשאר תובע חלקו כך קבלתי מר' הלכה למעשה שחייב לפרוע לו חלקו שדינא דמלכותא דינא כו' וכן היו דנין ר"י ור"ת ז"ל כי כל דבר שהנהיגו השרים והמלכים דין גמור הוא כו'

מ"מ וכן היו דנין ר"י ור"ת ז"ל לא קאי אמ"ש כך קבלתי הלכה למעשה שחייב לפרוע חלקו אלא אמ"ש אח"כ דכל מה שהנהיגו השרים דין גמור הוא ולא אמרינן דוקא בדבר שהנהיג המלך דינא דמלכותא דינא אבל לא מה שהנהיג השר הממונה תחת המלך אלא אפילו מה שהנהיגו השרים הוי דינא דמלכותא וכהאי דכתבו. הרשב"א כתב סימן תרי"ב ומהר"י קולון ז"ל בשרש קכ"ד אבל בעיקר הדין שחייב לפרוע חולק ר"ת וסובר דפטור כיון דלא נשתעבד תדע דהכי הוא שהרי הג"מר סיימו וגם היה אומר ר"י ז"ל שדמי כלילא שהטילו על הכובש אם היה מוכאם או אם ישובו הכובש הזה יכול לתפסם שיפרעו חלקם המוטל

עליהם שהן ראויים לפרוע ע"כ ואם מ"מ בתחלה אפילו ר"ת מודה תה חדא שזה שאמר וגם היה אמר ר"י כו' פשיטא דכיון דחייבין לפרוע ולאו היה יכול לתבוע חלקם מהם אלא ודאי דמ"מ וכן היו דנין ר"י ור"ת על מ"מ כי כל מה שהנהיגו השרים דיניהם דין קאי ונותה מהדם שגם ר"י כתב שהבורח חייב לפרוע והא דנקט ר"י בליטניה כל דבר שהנהיגו השרים והמלכים אגב שרים נקט מלכים א"נ ה"ק כל דבר שהנהיגו בין השרים בין המלכים א"נ אפשר לומר דכיון דר"י מפריש ז"ל היה שחזר הבורח למקומו ובזה אפילו ר"ת מודה ואע"פ שהמרדכי והגהות מספקי' להו ר"י מפריש בפשיטא ליה שאם חזרו חייבים לפרוע אלא שלפי זה קשה למהר"י קולון ז"ל שכתב בשרש ב' שר"י מפריש הסכים לדברי ר"י ז"ל ולפי התירוץ הזה יותר מסכים עם ר"ת ממה שהסכים עם ר"י ז"ל

ואפשר לומר שמהר"י קולון ז"ל מדקדק מדברי ר"י מפריש ז"ל מדכתב וגם ר"י היה אומר כי דמי בלילא כו' שנראה שמכוין לומר לר"ת אם חזר אלא אפילו לא חזר היה אומר ר"י שחייב וזה מורה שסובר כדעת ר"י ז"ל. ובספר משא מלך ח"א ש"ד מ"א כתוב דהגהות אשירי מסכים כשהטילו ונשתעבדו לפרעה ובעת הגבוי ברח דבהא אפילו ר"ת הוי' כמ"ש מהר"י קולון ז"ל וכמו שיבא לפנינו בע"ד והוקשה לו לפי זה איך השוה מהר"י קולון ז"ל דעת ר"י מפריש לדעת ר"י ז"ל ולא לדעת ר"ת ז"ל ולפי מ"ש לא קשיא מידי

(**הגה"ה** אחר זמן רב כשבו תשובות מורי הרב ז"ל מחלק ח"מ וראיתי שם בסימן כ"ח כתב שר"ת ור"י לא פליגי לענין דינא אלא בפירושא דשוגיא שר"י ושיטת מפרשים דמתני' הוה במילי דהוו דינא דמלכותא ור' לא רצה לשפן ור"ת מפרשו במילי דלא הוו דינא דמלכותא אלא גזלנותא דמלכותא ומן הדין לא היה לו לעכבם ולכופם ומ"ש ההגהות והמרדכי בשם ר"ת דפטור מיירי כשהטיל עליהם מס שלא בדינא דמלכותא ומ"ש הגהות מרדכי בשם ר"ת מיירי כשהוטל עליהם מס בדינ' דמלכותא הוא הדבר שכתבתי בכמה ליישב דברי הרא"ש ז"ל בח' ח"מ סימן קנ"א ודחיתיו ע"כ הגה"ה)

וכתבו עוד הג"מ וז"ל ואפילו היה שם קצבה ועתה הכביד עליהם היה אומר ר"י דדינא דמלכותא דינא להכביד על עמו למלחמה ופירש בעל משא מלך ז"ל דאפילו היה בעת הטלת המתנה קצבה ואח"כ שברחו הכביד עליהם חייב הבורח לשלם ע"כ ואין נ"ל כן (הגה"ה וטוב מצאתי למורי הרב ז"ל בסימן הנז' כתב עליו דהא ליתא דלא אי בתרא לא נשתעבד הואיל שלא היה מנוי שם אלא אפילו היה שם קצבה באותו פרעון מקדמת דנא קאמר שהיה מנהג הקדמונים בדבר קצוב וזה הכביד עליהם בשעת הואת והוסיף עליהם לא תימא דהא לא הוי דינא דמלכותא אלא חמסנותא קמ"ל דדינא איקרי ומיהו דוקא בשהיה הטבל הזה קודם שיצא אבל אחר שיצא לא משתעבד ע"כ הגה"ה)

בכל העולה שלדעת ר"ת בבורחים פטורים אפילו הוטל המס קודם כאתם ולדעת ר"י ז"ל כל שהוטל המס קודם שיצא אפילו ברחו ולא חזרו חייבים לפרוע ולזה הסכימו רוב הפוסקים הרמב"ן ז"ל בחידושיו למס' בתרא והמרדכי והגהותיו ותשובות דאייכי והגהות אשירי והרב הנמקי והרשב"א ז"ל בתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י חלק ח"מ סימן קס"ו כמ"ש בספר משא מלך ומי שידקדק בהגהות אשירי יראה דהתולעת שכתוב שם מסכים לדעת ר"ת ז"ל יע"ש

ומ"ש בהגהות מרדכי וטוב מצאתי בתשובת ר"י ז"ל דכירא שאם המוכס תבע אותם לדין חייבים א"א שהשר לא רצה לכופם כו' ברור יצא שמלת השר הוא עבות מוכר וכ"ל שרבי והשופר ראה שר' בר"ת והשב שהוא שר ממש וכן מתבאר מדברי הרמב"ן ז"ל שהביא הרב הנמקי ז"ל

וראיתי למרדכי בפרק הגוזל בתרא כתב בשם מהר"ם ז"ל דהך עובדא דכלילא עלילה היתה ולכן הבורחים פטורים וכן כתוב בתשובות הרמב"ן ז"ל סימן א' ל"ט ק"ה ובשלטי הגבורים בשם מהר"ם ז"ל בריש בתרא וברור הוא דמהר"ם לא פליג על ר"י ז"ל שסובר דאם הטילו מס על העיר וברחו שהבורחים חייבים לפרוע שהרי לא פטרם מדמי כלילא אלא מפני שעלילה היתה ואין התימא על הרא"ש ז"ל שכתב בחלק ח"מ סימן קנ"א למהר"ם בר"ת ס"ל וכבר נתעורר בזה בספר משא מלך והבי' נכ"ע

וכבר היה מקום ליישב דברי הרא"ש ז"ל שנאמר דר"י ור"ת לא פליגי לענין דינא ומודה ר"ת לר"י שהבורחים חייבים לפרוע כשהוטל המס קודם שיצאו ולא היתה עלילה ור"י מודה לר"ת שאם היתה עלילה פטורים כי פליגי בפירושא דעובדא שר"י מפרש דעובדא דכלילא לא היתה עלילה ולכן הבורחים חייבים לפרוע ור"ת מפרש דעלילה היתה ולכן הבורחים פטורים לפרוע ולהכי השוה מהר"ם דעת מהר"ם ז"ל לדעת ר"ת ז"ל בפירוש המשנה וניחא נמי לפי זה מ"ש בהגהות מרדכי ז"ל וכן היו דנין ר"י ור"ת ז"ל שנדחקנו לעיל בפירוש דבריהם אלא שאין כי זה עולה יפה שהרי מדבריו נראה שר"ת ומהר"ם ז"ל פליגי אר"י לענין דינא ואם היה מקום ליישב דהך זה הוא שנאמר דר"ת לא פליג אר"י ז"ל דכשאינו עלילה חייב לפרוע אבל ר"י חולק על ר"ת ז"ל וסובר דאפילו בעלילה הבורחים חייבים לפרוע אלא שקשה בעיני לתקוע דהך שלא כשטת המרדכי ומהר"י קולון ז"ל ושאר הפוסקים ז"ל שמדברי כולם נר' שר"ת חולק אר"י וסובר דהבורחים פטורים מלפרוע אפי' במס שאינו עלילה

ואיפשר להליץ בעד הרא"ש ז"ל שלא נעלם ממנו שמהר"ם לא פטר לבורחים בעובדא דכלילא אלא מפני שהיתה עלילה ורצה להוכיח מדברי ר"ת ז"ל דאע"ג דכשהם בעיר שותפין נינהו וחייבין לשלם הבורחים פטורים וכיון שהם פטורין אין יכולין לעכבם שלא לברוח וטוב הוקשה לו מדברי ריב"ש ז"ל דכפי מ"ש הרב הנמקי ז"ל נראה דכיון דכבר נתחייבו יכולין לעכבן שלא לברוח ותירץ דהתם שאני שכבר חל החיוב ועל זה כתב וכ"ש דמהר"ם ז"ל הסכים לדברי ר"ת ז"ל כו' כלומר דאפילו ניחא לדברי ריב"ש ז"ל אף במה שלא נתחייב יכולין לעכבו מהר"ם ז"ל הסכים לדברי ר"ת ז"ל דבמה שלא נתחייב הבורחים פטורים ואע"ג דלא קי"ל כר"ת ז"ל בהא מיהא קי"ל כותיה וכמהר"ם ז"ל דאין יכולין לעכבן שלא לברוח וכ"ש אם נאמר דהמרדכי הבין מדברי ריב"ש והרב הנמקי דאף בעלילה הבורחי' חייבים לפרוע וכוונה ראשונה שכתב בספר משא מלך ח"ב ש"ד מ"א על דברי הרמב"ן ז"ל בעובדא דכלילא ולבעל שלטי הגבורים בריש בתרא ראיתי דרכים בתשובת מהר"ם ז"ל יע"ש

ואם משפט נבחרה לנו על מי נסמוך על דברי ר"י או ר"ת אנו אין כח בידינו להכריע בין גדולי עולם אשר לבם כפתחו של אולם אלא כיון שהוא מחלוקת יד המוחזק על העליונה ומהקודם מבואר שעת הנתבעים הם המוחזקים מהטעמים שהזכרתי לעיל ולא תימא דר"ת יחיד

בדבר

בדבר הזה ואין לומר קים לי כפ' היחיד דמהדבריו דברי המרדכי והג"א ולא יחאו ודאי שלעתם לחוש לסברתו ולהוציא מהמוחזק בשלו ועוד הגהות מרדכי דב"ב עומדים בסברת ר"ת ז"ל וכמו שאבאר בס"ד וכ"ש אם התולעת משכי' לדבריו וכמ"ש לעיל אמנס מה שיש לפקפק הוא ממ"ש הרב מהר"י קולון ז"ל דאפילו ר"ת ז"ל לא אמרה אלא במלך שהטיל מס על בני העיר ולא נשתעבדו בני העיר בו דלא חל החיוב לגמרי עד שיבא לידי גבוי אבל הכא בנ"ד שכבר נשתעבדו ראשי הקהלות לפרוע הג' אלפים לבניס בשעבוד גמור אל הגזבר מהלוכוס וקא עבדי שליחותייהו דכולהו בני לומברדיאה פשיטא ופשיטא דאפילו ר"ת מודה בהא ע"כ ולפי זה בנ"ד שכבר נתחייבו על החוב אפילו ר"ת יודה

להבורחים חייבים

ונ"ל דלא אמרה הגאון מהר"י קולון אלא בנמצא שם בשעת הגבוי ואח"כ ברח ובכה"ג הוי נדון דידיה אבל אם ברח קודם שהתחילו לגבות אע"פ שנשתעבד בחוב פטור ולמדתי דבר זה ממה שראיתי בספר משא מלך כתב כלשון הזה ונ"ל דמ"ש המרדכי בשם ר"י ז"ל דאפילו ברחו קודם גבוי חייבים בזה הכל לכך הוא דפליג ר"ת ז"ל אבל בנמצא שם בשעת הגביה כ"ע לא פליגי דחייב ע"כ ושנה בזה וכתב אח"כ כלל העולה שאם הוטל מס על בני העיר ונמצא שם בעת הגביה חייב לשלם ואם לא נמצא שם בשעת הגביה לר"ת פטור ושלש בזה וכתב אח"כ ואע"ג דהבורח מן העיר כל שלא נמצא שם בשעת הגביה כתבנו בדין ב' לדעת רבוותא דעדוקייהו משתייה וכ"כ בהרבה מקומות ובכולם דקדק לומר ונמצא שם בעת הגביה ואם איתא דכל שנשתעבד אע"פ שלא נמצא שם בעת הגביה חייב לא נשתמיט בשום דוכתא לומר ונתחייב לפרוע אלא ודאי דס"ל דלדעת מהר"י קולון ז"ל כל שלא נמצא שם בעת הגביה אע"פ שנתחייב לפרוע אם ברח פטור ונראין דבריו מלכתב המרדכי שכתב ר"י ז"ל ואפילו אם יברח קודם הגביה נשתעבד למלך ואם ר"ת מודה דכל שנשתעבד למלך אפילו ברח קודם הגביה חייב ומחלוקתו עם ר"י אינו אלא כשברח קודם השעבוד דר"ת פוטר ור"י ז"ל מחייב עדיפא הי"ל לומר אפילו שברח קודם השעבוד לכבר"ח קודם שגבוי אחר שנשתעבד אפי' ר"ת ז"ל מודה דחייב והמקום שהביא ר"י ז"ל ראיה לדינו כן נראה שהביא ראיה מדאמרינן דשעריי דכרא נשתעבדו למלך ומשר מיו ז' שבר מתא מטעם דאלת"ה אלא שמחלוקת ר"י ור"ת ז"ל הוא כשלא נשתעבד דר"י מחייב ור"ת פוטר שאני התם דכבר חל החוב על בני העיר אבל כשלא חל החיוב כעובדא דכלילא הבורחים פטורים ובעין זה כתוב בספר משא מלך לסברת ר"י מפרים שהביאו הג"מ לבתרא אבל יש מן התימא עליו שלא הביט שברשת זו טמן גלבד שהרי לפי מה שפירש הוא בדברי ר"י מפרים ז"ל ר"י בר שמואל מחייב בלא נשתעבד וקשיא עליה מה שהוקשה לו בדברי ר"י מפרים ז"ל כשעלה

על דעתו דמיירי בלא נשתעבדו

ואיך שיהיה מכל מ"ש מוכח שמחלוקת ר"י ור"ת בשכבר נשתעבדו למלך ולא נמצא שם בעת הגביה וכן נראה מדברי רבינו הגדול מהר"ט מטראני ז"ל בח"א סי' קפ"א שכתב נראה דבר פשוט שחייבין בני משיא לפרוע עם אנשי פוקאש כמו שהיו רגילין בכל שנה אחר שנשתעבדו כולם ביחד כמ"ש ר"י בתשובה שהביא המרדכי כו' ע"כ ואם איתא דר"ת מודה בנשתעבדו אף בברח קודם הגבוי למה כתב וכמ"ש ר"י ז"ל דמשמע דדוקא לר"י ז"ל חייבים אבל לא לדברי ר"ת ז"ל והא ליתא דאפילו לדברי ר"ת חייבים כיון שנשתעבדו אלא ודאי דס"ל דלר"ת אין שום חיוב אלא בנמצא שם בשעת הגבוי ולכך לא הזכיר לר"ת ז"ל דלדידיה פטורים כל שלא נמצאו שם בשעת הגבוי ועיין שם בח"א סי' ש"ו וכן נראה מבואר מדברי הג"מ מפ"ק דבתרא וז"ל נשאלתי על מס המוטל על היהודים בני קנדיא כו' וגם מורי פסק הוא"ל ונמצא שם בשעת הגביה שצריך לשלם ולא דמי לכלילא שלא היתה כי אם במקרה ע"כ הרי שאפילו שנתחייבו לפרוע כדמוכח ממ"ש על מס המוטל על היהודים דמיירי במס הקבוע דכבר נשתעבדו ואפ"ה לא חייבם אלא מפני שנמצא שם בעת הגביה וכדברי ר"ת וכמ"ש בספר משא מלך

איברא שלדברי הגה"ה זו תמוהים בעיני דאם הוא מחלק בין נמצא שם בעת הגביה ללא נמצא שם בעת הגביה מה הוקשה לו בעובדא דכלילא שאני התם שלא נמצא שם בעת הגביה וכמו שהקשה בספר משא מלך ותו קשיא לי דנראה שמביא ראיה לסתור למלשון השאלה וממה שפסקו גאוני פרפת לחייב על מי שרצה לעלות לא"י קודם הגביה ועל זה חייבוהו ועל זה כתב וגם מורי פסק הוא"ל ונמצא שם בשעת הגביה שצריך לשלם והוא הפך הנראה אלא ומה שנ"ל בזה למעשה שהיה כך היה שעלה לא"י קודם הגביה ופסקו רבני פרפת לחייב כדברי ריב"ש ז"ל ובעל ההגה"ה הוסיף וביאר דאין לפטרו בשביל המלוה מהטעם שכתב ואחזק לדבריו מדברי רבו ז"ל שפסק שאם נמצא שם בעת הגביה שחייב לשלם ואי מטעם מלוה אתינן עלה מה לי שיהיה שם בעת הגביה או לא יהיה אלא ודאי דסוב"ל ליכא מלוה והוצרך לחלק בין נמצא שם בשעת הגביה ללא נמצא איהו הרב התלמיד חולק וסובר דכיון דאין לפטרו מטעם המלוה אף שלא נמצא שם בשעת הגביה חייב לשלם כדברי ר"י ז"ל וע"פי סברתו זאת דאפי' לא נמצא בשעת הגביה חייב לשלם הוקשה לו מעובדא דכלילא והוצרך לחלק בין מקרה לתדיר זה נ"ל כפתור ופרח בביאור הגה"ה זו והכלל האמור נתבאר דבעל ההגה"ה הזאת סובר דלדברי ר"ת ז"ל צריך שיהיה שם בעת הגביה והוא עמוד חזק להשען עליו המוחזק על הדרך שכתבתי למעלה ומה גם שהרשב"א ז"ל בתשובה סי' תתפ"ז מסכים עם רבו של בעל ההגה"ה זו שנשאל על ראובן שהיה במאיורקה ובקש המלך מס מהקהל ונתפשרו הקהל עם המלך בהסכמת ראובן ובשעה שגבו הקהל המס הנז' היה ראובן חולה והשיב הרב משעה שפסקו הנאמני' אותו המס על הקהל והתחילו לגבותו מאותה שעה ואילך נתחייב ראובן בכל מה שמגיע בחלקו לפרוע באותו מס כו' הרי שאע"פי שנתחייב לא חייבו אלא מפני שכבר התחילו לגבותו ו הגה"ה שוב בא לידי סמ"ע וראיתי בסי' קס"ג אות כ"א דקדק מתשובה זו של הרשב"א ז"ל דיתרתי בעינן שימת הערכה והתחלת הגביה ולכן כתב דאינו חייב אלא בהיותו הא שהתחילו לגבותו אבל בשאר משים של כל השנה אפי' שנותני' לעשות הערכה בתחלת השנה על כל השנה אינו חייב אלא במס שהתחילו לגבותו ומינה נמי דאם ברח קודם הגביה לר"ת וסיעתו ז"ל פטור

ומאחר שהוכחתי דאפילו אותם שילאו עשירים ונשתעבדו בחוב אינם יכולים להכריחם שיצאו בעול חובות שאלוניקי לא היה צריך להשיב על מה שטוענין החכמים השלמים שלוחי שאלוניקי יע"א לעדת הנתבעים שיסייעו אותם בעשיית הבגדים דמכאן ולהבא דתקנו אתיא אמנס שמא יבא ב"ד אחר ויחייבו לעדת הנתבעים בפרוע פרעות שנתחייבו בני העיר קו"ס ליאתם או כדי להתלמד במקום אחר כדרך שכתב הריב"ש ז"ל בסי' תע"ו אמילא שאפילו במוגה שחייבים בחובות כדברי ריב"ש ז"ל במסים דמכאן ולהבא פטורים דע"כ לא מחייב ר"י אפילו ברחו בדמי כלילא שהטילוהו לפרש עכשיו דכיון דכבר הטילוה ונשתעבדו

צריכא לא פקע שעבודייהו דמוהרקייהו דהני בטופס מלכא מנח וה״ה את הקצוב לאותה שנה אבל מה שיבנים הבאות פטורים וראיה ממ״ש בכה״ח אלא מאי אית לך למימר דיהיב טסקא ומת הכא נמי דיהיב כרגא ומת וכי יהיב המפרשים דיהיב טסקא דאותה שנה בתחלת אותה שנה ומת עד סוף השנה אינה משועבדת למלך עוד ה״ל מוחזק כו׳ הרי מבואר דאפילו בשנה קצוב דטסקא או כרגא לדברי רב הונא בריה דרב יהושע יש חילוק בין אותה שנה לשנים הבאות ואע״פי שיש לדחות ראיה זו בפנים שונים מ״מ כשטה כך מוכחא ועיין במהר״א ששון ז״ל סי׳ קמ״ט וכן נראה מדברי הרב בעת״ה סי׳ שמ״א על אנשי טבריא וצפורי שפטר לפרוע במקום שילאו משם אפילו במה קצוב בכל שנה מאחר שפורשים במקום שנתיישבו הכא נמי עדת הנתפשים נתיישבו בקושט׳ וחייבים לשאת בעול עם קושט׳ לכ״ע ל״ת לדעת הרשד״ם ז״ל ובעל משפטי שמואל ומיעתם שחייבו לאנשי פטראש שברחו ללפנתו מחמת אימת המליק לשאת בעול המסים עם אנשי ליפאנתו כיון שעברו יותר מי״ב חדשים אלא אפילו לדעת הרבנים כמהר״י פי׳רמון ומהר״ם מטראני ומהר״ם אלשיך ז״ל שפטרום הכא מודו שחייבים כיון שלא ברחו בשופם אלא מדעתם הם ונשיהם וטפיהם וקנו והכרו בית דירה וכיון שהם חייבים לשאת בעול קושט׳ אם אתה מחייבם לפרוע נ״כ בשאלוניקי לקתה מדת הדין לפרוע בשני המקומות והוי גזילה דמלכותא ולאו דינא דמלכותא כדברי ת״ה ועוד אני אומר דאפילו נודה דשעבוד המלך לא פקע אפילו משנים הבאות היינו דוקא בשיש הנאה למלך מטעם דינא דמלכותא אבל אם המלך אין לו שום הנאה דבין הכי ובין הכי מס הקצוב אין זה אלא גזילה דמלכותא שמקבל לזה ומכביד לזה וכן יש ללמוד מת״ה וכן מצאתי להרשד״ם ז״ל חלק י״ד סי׳ קס״ב כתב דאפילו לדברי ר״י ז״ל אינו חייב אלא באותו מס שהטיל המלך בעודו שם אבל במסים העתידים לבא אפילו ר״י ז״ל מודה דאינו חייב בהם כלל ועם שאיפשר לדחות דבמסים העתידים להתחדש קאמר האזת יורה דדכו׳ ואפילו תימא שיש מי שמחייב נ״כ לשנים הבאות נ״כ וכמו שנראה מתשובת הרא״ש ז״ל כלל י״ב סי׳ ד׳ ומתשובת מהר״ם מטראני ז״ל סי׳ קכ״א אותם שני מיוסדות ע״פי סברת ר״י ז״ל דכיון דנשתעבד חייב לפרוע אפי׳ לא נמצא שם בשעת הגביה אבל לפי סברת ר״ת אין לחייבם לשנים הבאות מק׳ ודאותה שנה ויכולים לומר קים לן כר״ת ז״ל כמ״ש ובמס דשנים הבאות אין לורך למשעבד מלדקי לומר שאין הרבים מוחזקים דאפילו תימא דשייך בזה דין יחיד המדיין עם הרבים ולחוב שכבר יצא ונשתעבד הרבים מוחזקים במס דשנים הבאות אין הרבים מוחזקים דרבים מטעם המלך הם באים וכיון שהמלך אינו מוחזק כמ״ש מהיא דפרק ח״ה דאפילו תימא דיש על המלך שעבוד כתובה וב״ח אינו נקרא מוחזק וכיון דאינו נקרא מוחזק גם הבאי׳ מכחם אינם נקראים מוחזקים אלא הבורחים משם הן מוחזקים ועוד כיון דהוכחנו דחייבים לפרוע בקושט׳ אם אתה בא לחייבם שיפרעו בשאלוניקי נמצא פורעים בשני המקומות ובהא לא אמרינן שהרבים מוחזקין כדברי מהרש״ח ז״ל בסי׳ ט׳ והודה לו מהר״ר אברהם ן׳ נחמיאש ז״ל ועוד אני אומר כיון דבהא איכא פלוגתא שבני שאלוניקי אומרים שהדין נותן שיפרעו עמהם במס הקצוב ובני קושט׳ אומרים שהדין נותן שיפרעו עמהם כיון שנתיישבו שם למה נאמר דבני שאלוניקי הם המוחזקים מטעם דמוהרקייהו דהני בטופסא דמלכא מנח ולא נאמר דבני קושט׳ הם מוחזקים מהאי טעמ׳ גופיה ומה שכתבו הרבנים הגדולים הרא״נ״ח בסי׳ ל״ט ומהר״א ששון ז״ל בסי׳ ק״ט על ענין הפ״אטורים שהרבים הם מוחזקים אע״פ שהחילוק הוא בין שתי עיירות אינו סותר לזה דהתם לא כתבו דהרבים מוחזקים אלא לפי שהיו רוצי׳ לחייב לפ״אטוריא מביתם וממונו׳ כשר הכ׳ וכו׳ אבל לגר שרופים הקהל שיפרעו מהממון שלהן וי״א מנים בעלי הממון לא הוצרכו לטעם זה ואם יתעקש אדם לומר דמדברי הרא״נ״ח ז״ל בסי׳ הנז׳ יראה דאפילו בשני עיירות חולקות הרבים נקראים מוחזקים מאחר שהוצרך לפטור שלא יפרעו הפ״אטורים מהנכסי׳ מטעם מנהג דאם איתא דבכה״ג לא מיקרי הרבים מוחזקים למה ליה למיהב טעמא משום מנהג אפילו באין שם מנהג כיון דאיכא פלוגתא בין הרשב״א ומהר״ם מרוטנבורק יכולין הפ״אטורים לומר קים לן כהרשב״א ז״ל שכתב שאין אדם פורע בשני המקומות נשיבהו ונאמר דכוון הרב ז״ל אפילו לדעת הרשב״א ז״ל פורע בשני המקומות כיון שבעלי הנכסי׳ שולחים הסחורות להשתחר בעיר אחרת הוי עסק ערא״י וכבר כתבתי בתשובה אחרת לעיירות הכתובה בחלק הזה סי׳ ק״ו והכרחתי מדברי הרשב״א ז״ל שהביא הרב ז״ל בב״י סי׳ קנ״ו מחודשין ל׳ דס״ל דיש חילוק בין כשעסקו קבוע לעסקו ערא״י דכשעסקו קבו׳ לקתה מדת הדין לפרוע בשני המקומות וכשעסקו ערא״י פורע בשני המקומות וכן היה סבור מהר״א ששון ז״ל סי׳ הנז׳ וחזר בו מכמ״ש בתשובה סי׳ תרק״ד ואני כתבתי שם דמאותה תשו׳ אין סתירה למה שרצינו לחלק בין קבע לעראי וכיון דהוכחנו דלדעת הרשב״א ז״ל כיון שעסקו ערא״י פורע בשני המקומות אמר מעתה שלזה הוצרך הרא״נ״ח ז״ל לטעם המנהג ולא מטעם קים לי וזהו שהרב ז״ל כתב ולא עלה ע״ד שיפרעו כשר ממון אחד בשני המקומות משברת עצמו ולא זכר את הרשב״א ז״ל שהוא מריה דשמעתא זו ומה גם שאיפשר לומר שפטרם מטעם מנהג ולא מטעם קים לי לפי שהיו המוחזקים שכנגדם ומה שמהר״י וייל ז״ל בסי׳ קל״ג ובעל משא מלך כתבו על ענין זה שהרבים מוחזקים הוא כשאין מקום בעיר שהממון שם למעיין שם בלשונם ועוד דאפי׳ נימא דהרא״נ״ח ז״ל סובר דאפי׳ בשני עיירות חולקות הרבים נקראים מוחזקי׳ אל ימלט מהיות מחלוקת דמהרא״נ״ח ומהר״א ן׳ נחמיאש ז״ל סוברים דאין הרבים נקראים מוחזקין ויכולין עדת הנתפשים לומר קים לן כמהרא״נ״ח ומהר״א ן׳ נחמיאש שסוברים דאין הרבים נקראים מוחזקים דאם לא נצטרך לזה למחלוקת הזה למה שכתב בעל משא מלך דבזמנינו זה אין הרבים מוחזקין הרא״נ״ח ומהר״א ששון ז״ל חולקים עליו וס״ל קים לן כמ״ד דבזמנינו זה אין הרבים מוחזקים

וכל המשא והמתן הזה למי שיצא משם בחיוב אבל מי שיצא משם בפטור ובא״ס לחייבו מכח המנהג יש לו תשובה נכחת לומר דאם המנהג כן היינו למי שעומד שם דאינו פורע בב׳ מקומות אבל מי שיצא משם ונתיישב בעיר אחרת ופורע מס עמהם לא נהגו כך דאף דבעניני מסים מנהג מבטל הלכה ראוי ונכון לדקדק הטב להשוות המנהג לדין תורה ולמצוא לו סעד וסמך מדברי חכמי׳ ולאוקמינהו בטעם וסברא כמ״ש בע״תה בשיבן שמ״א וכיון שכן הוא בשלמא לעומדים שם שאינו סותר דין תורה יש לנו לומר דכך היה המנהג אבל ליוצאים משם ופורעים במקום אחר שאם אתה אומר שיפרעו נ״כ בשאלוניקי לקתה מדת הדין לפרוע בשני מקומות אין לנו לומר שכך היה המנהג הפך הדין כ״ש למ״ש הריב״ש ז״ל בסי׳ תע״ז הזכרתיו לעיל דאין ראוי לדון ע״פ המנהג אלא דומה כרוצה

ואם נניח במוכח דבני שאלוניקי שנתיישבו בקושט׳ חייבין נ״ש לכ״ע צריך לחקור אם השתיקה שתקו כל כך שנים אנשי שאלוניקי ולא תבעום אי הויא כמחילה או לא ומתשובת מהר״ר בצלאל ז״ל סימן ל״ט דקדקתי דלא הויא מחילה

מחילה איברא דמתשובת מהר"ר שלאל יש לדון דהיינו דוקא בשיש לתלות למה שתקו עד עכשיו אבל לא כתב כן אלא במכ"ש דאפי' אין לתלות למה שתקו עכשיו לא הויא וכן בנמקי הרמ"ס סי"ין כתב שתם אדם שדר בעיר שנים הרבה ולא שאלו הקהל מס אף שתקו יכולים הקהל לתבוע מתנו המס ולא הויא מחילה מה ששתקו ע"כ

ועיין יש להסתפק דדילמא שתיקה לחובה בלי מעשה לא הויא כמחילה אבל שתיקה ע"י מעשה כנ"ד דבכל יומא ויומא הוו מפקין כורכי כורכי ולא מיחו בידם אמדנא דמוכח שמחלו להם וכדמות ראיה יש ממאי דאמרי' בפ' הגוזל בתרא ר"א אמר שיכול להציל ע"י הדחק גלי אדעתי' לעצמו לא גלי אדעתי' לאמשע ופרש"י אמר לעצמו ושתקו הבעלי' ושתקו ולא מסרו עצמן אשא דעתייהו וגלו דאייאוש ע"כ והכא נמי כיון שילאו ולא מיחו אשאי דעתייהו וגלו דאייאוש וליתא שאני התם דהמוחל עביד מעשה אבל הכא שאין המוחל עביד מעשה אלא הנמחל עביד מעשה איפשר דלא הויא מחילה ומהא דאמרינן בפרק י"נ הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא איבדה כתובתה ומוקמינן לה בגמ' במחלק לפניה והיא שותקת ליכא ראיה לנ"ד דדוקא בכתובה אמרינן הכי לא בכ"ח ועיין בתשובת הרא"ש ז"ל כלל מ' סי' ב'

וראיתי לגאון מהר"י קולון ז"ל שרש קכ"ג כתב וכ"ש הכא דאיכא למימר דמדלא כוו על עסק הקופה גלי אדעתייהו דניחא להו בכל מאי דעביד הגבאי כו' בדאיתא בפרק הגוזל קמא דאפי' לרבי יהודה דאמר יחזור כסף אבל אשם גבי נתן אשם ליהויריב וכסף לידעיה אפ"ה מודה דאי נפיק משמרת יהויריב ולא תבעי דאוחולי אוחילו גבייהו משמרת יהויריב ומשמרת יהוידע ע"כ ומכאן נראה שיש ראיה לנ"ד דמדלא מיחו בעת לאתם מן העיר אוחולי אוחילו גבייהו וכבר ראיתי מי שהביא ראיה זאת ושוב דחה אותה בטענה דדילמא שאני התם דכיון דבני יהוידע עבדי שלא כהוגן למשקל במשמר' יהויריב ושתקי משמרת יהויריב ולא תבעו ש"מ אחולי אחיל גביה ולפי זה הוקשה לו על דברי מהר"י קולון ז"ל דאיך הביא ראיה לדינו מהך סוגיא ואיכא לדחויי דשאני התם דבני יהוידע עבדי שלא כהוגן משא"כ בנ"ד דאיכא למימר דניחא להו דליהוי נכסי ביד הגבאי ומוסמכים עליו שלא יוציאם מידו בלתי רצותם כי באמונה הם עושים

והני מילי לא דייקי שבן כלל דלפי זה אפי' דלא נפיק משמרת יהויריב יחזיר אשם אבל כסף דוא"י אחולי אחילו לגבייהו ואלו רבי יהודה מודה דאם לא יצאו משמרת יהויריב משמרתן דיחזיר כסף אבל אשם ועוד שאידך בריתא דקתני לדברי רבי יאו"ה אם קיים אשם יחזיר כסף אבל אשם ומפרשינן בגמ' כגון דנפיק משמרתם דהני ודהני ולא תבעו מהו דתימא אחולי אחיל גבי הדדי קמ"ל דאמרינן כיון דלא תבעו להדרו בריתא ע"כ ופרש"י ז"ל קמ"ל כיון דבני ידעיה נמי לא תבעו לאשם משמרתם יחזור כסף אבל אשם כו ע"כ אמאי הוי מחילה כיון דליכא טעמא דעבדי שלא כהוגן למשמרת יהויריב כיון דאינהו עבדי כהוגן ואם יש לדחות ראיית מהר"י קולון ז"ל בדרך זה יש לדחותה דשאני התם בני יהויריב עבדי שלא כהוגן לקבל אשם מקמי כסף ואפ"ה לא קנסינן להו לגבי בני ידעיה כיון דגם בני ידעיה עשו שלא כהוגן ליטבם בגבול הבריתא במשמרת יהויריב אם לא דנפיק משמרתו של יהויריב דהשתא איכא למימר בגילוי כל דהו סגי כיון דאינהו עבוד שלא כהוגן וכן בדנפיק משמרת' דהני ודהני כיון דכולהו עביד שלא כהוגן וכולהו נפיק וגילו דעתם דאחולי אחילו שוה הדין שאלו לא נפיק חד מינייהו אבל בנידון הרב מהר"י קולון ז"ל דליכא האי טעמא מנ"ל דהוי מחילה

ומי שידקדק בדברי הגאון מהר"י קולון ז"ל יראה דלא הביא ראיה מהך סוגיא אלא דמחילה מהניא אף לדבר מכוה וכיון דמצינו דמחילה מהניא לדבר מכוה אף בנ"ד אמרינן דעתייהו דמדלא כוו על עסק הקופה גלי דעתייהו דניחא להו בכל מה דעביד הגבאי אבל אין דעתו להביא ראיה דכי היכי דהתם השתיקה הויא מחילה אף כאן דיש לחלק ביניהם וכמ"ש

ואיך שיהיה נתבאר דבנ"ד ליכא ראיה מהך סוגיא מהטעם שכתבתי ועוד דבדלמא התם המוחל עביד מעשה שנראה מתוכו שמוחל לחבירו אבל בנ"ד דהנמחל עושה המעשה והמוחל שותק אפשר דהשתיקה לא הויא מחילה וכמ"ש והגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש הנז' שהביא ראיה המוחל לנמחל כבר כתבתי דאין כונתו אלא להביא ראיה דמהני מחילה וגילוי דעת לדבר מכוה ואפשר להביא ראיה דכיון דלא מיחו בשעת המעשה אחולי אחילו לגבייהו מהא דאמרינן בפ"ק דב"ק האחים שחלקו מה שעליהם שמין מה שעל בניהם ובנותיהם אין שמין וכתב הרב הנמקי דאם אחד מן האחין יהיב מתנה מתפיסת הבית ואחו האחים ושתקי הויא מחילה ע"כ וכבר ראיתי מי שהביא ראיה זו

ולע"ד לא מכרעא מידי חדא דהך מילתא במחלוקת היא שנויה כמ"ש בעל שלטי הגבורים במקום הנז'

ועוד דשאני התם דאין לתלות על מה שתקו אם לא דמחלו אבל הכא יש לתלות השתיקה משום דסברי דבכל מקום שילכו יתחייבו לפרוע מה שכבר נתחייבו דלא מפני שהלכו לעיר אחרת נפקע שעבודייהו דאטו מי שחייב לחבירו והלך לעיר אחרת ושתק המלוה מפני זה נפקע שעבוד ההלואה אתמהא

אבל אם יש לפטרם מטעם מחילה הוא ממה שמחלו להם בפירוש ככתוב בכתב ההסכמה שעשו רבני וגבירי שאלוניקי שכל מי שירצה ללכת חוץ מן העיר הרשות נתונה בידו ופטור מכלום ככתוב בשאלה וכבר ידוע למעיין שפטור הקהל ליחיד ממסים מהני אפילו בלא קנין וחכמי בדבב"ל ובדבר שאינו קצוב כמבואר בתשובות הרא"ש ז"ל כלל ו' והריב"ש ז"ל סימן תנ"ו מהר"ם מטראני ח"ב סימן ע"ט והרשד"ם חלק ח"מ סימן ש"ע ומהר"י אדרבי ז"ל סימן ש"ע והרא"נ"ח ז"ל סימן מ"ט הרשב"א ז"ל סימן תתקמ"ז משפט לדק ח"א סימן כ"ד וח"ב סימן ע"ד מהח"לק ג"ה מ"ה והגה"ה ומהר"מ מטראני ח"ג סימן קנ"ג וסימן רכ"ח ומהר"א גאליקו ז"ל בתשובה כ"י והרא"נ"ח ז"ל ח"ב סי' פ"ג ע"כ הגה"ה)

איברא דהרא"נ"ח ז"ל בסימן הנז' מסתפק בשם המוטל אקרקפתא דגברי וקצוב על כל א' וא' מ"ת בנ"ד לא הוי מס המוטל אקרקפתא דגברי ואת"ל דהוי מס המוטל אקרקפתא דגברי כפי הטעם שנתן בספר משא מלך מהני חיובם אפילו לדבב"ל ועוד דלא מיקרי דבב"ל דבר שאינו קצוב דוקא מסים המתרגשים לבא ומתחדשים בכל שנה ושנה וכמ"ש הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן ש"ע אבל בקרקפתא דגברי דבר קצוב ובא לעולם מיקרי וא"כ עשית הבגדים אי מקרו מסים המתחדשים דלא נשתעבדו בהם בלאו המחילה אינם חייבים לפרוע היוצאים מן העיר ואם הם מסים קצובים שכבר נתחייבו מהני מחילה והפטור ואל תתמה על דברי הפוסקים שהזכרנו לאתר שבוכות במחילה למסים מהני בטעמים מתחלפים ולא זכרו דבחיוב תגי בדקי"ל ואע"ג דאין אדם מקנה לדבש"ל אם מתחייב לדבר

לדבר שלא בא לעולם כת"ב בספר הטורים ח"מ סימן ס' דהש ז"ל רצו לתת טעם אפילו לפוסקים שאפ' לרון מדברי דאף בלשון חיוב לא מהני וכמו שהאריך מהריב"ל ז"ל בס"ב סימן כ"ג ול"ז ול"א והרשד"ם בחלק ח"מ סימן רפ"ח כתב דמדברי הרי"ף ז"ל נראה שחולק על זה אי כתי דאי מטעם חיוב לא תיא אלא לדידהו אבל לא נכניהם אחריהם והטעמי' שכתבו הרבנים הנז' מהנו אפי' לבניהם אחריהם וכ"ש בכתב ההסכמה הואת שיש בה חרם וכתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ה' סימן ד' דנדוי וחרם חל על דורות הבאים ומהריב"ל ז"ל בס"ג סימן כ"ד כתב שמדברי הריב"ש ז"ל סימן שנ"ט נראה דאף בשבועה יכול אדם להשביע את בניו ומדברי הרא"ש ז"ל סימן כ"ז מתבאר דלדעת מי שסובר דגדולי העיר אינם כגדולי הדור אף נדוי וחרם דגדולי העיר אינו חל על דורות הבאים וחרם ונדוי ושבועה דגדולי הדור חל על דורות הבאים ולדעת מי שסובר דגדולי העיר הם כגדולי הדור חרם שלהם חל אפילו על דורות הבאים (הג"ה ובספר כנה"ג חלק י"ר סימן רכ"ח בהגהת ב"י האר כתי בזה ע"ש)

שיברא: שאם באנו לפטרם מכח הרשות שנתנו להם לצאת אותם שיצאו קודם נתינת הרשות חייבי לשאת במס שאלוניקי משעה שיצאו עד שעת הפטור ימי פטרם מאותם הסכי' ואע"פ שלא כשלה בשעת הסכמ' שכל מי שירצה לצאת חוץ לעיר קודם הפסח הרשות נתונה בידו ופטור מכלום ואם חל עליו הפסח יפרע של אותה שנה וילך לו לא לאמירה שפטרוהו מכל מה שהיה חייב עד אותה שנה אלא שפטרוהו משמים הבאות כמו שהוא מנהג העיר שאלוניקי שיוצא מהעיר ממשכנין אותו בעד שני העריכה וכת"ש בעל משא מלך בח"ב ש"ג מ"ב ואין להתעקש ולומר דאע"ג דנתנו להם רשות אותם היוצאים קודם הרשות לא נפטרו אף אחר נתינת הרשות שהם לא נתנו להם רשות לצאת אלא בשביל שנתרוקנה העיר מאנשיה וכדי שיבואו שם אנשים אחרים הקהלות העולם שהיו צריכים להם נתנו רשות לצאת ואלו לא היו יוצאין אלו שיצאו לא היו צריכין שיבואו אנשים מבחוץ ולא היו נותנין הסכמה בכל זה איבעי' לאו לאתנויי וכל דלא אתנו ה"ל דברים שבלב ואין כם דברים • ובפרט לפסוקי מרוצא כ"ש דאמ' לפי זה אינם חייבים לשלם אלא בעד שני עריכת הקהלות וכל שהוא כורע בעד שני עריכת הקהלות יכול לצאת בתוקפים ובמחלוקה וכמו שהוא מנהגם וכמו שהעיד בעל משא מלך ז"ל ואם יאמרו שנתנו הדורות ועכשיו נהגו כן כיון דאיכא מנהג אינם יכולין לסתור המנהג ולתקן דבר חדש במקום דאיכא פסידא לאחר ורואה להאי אם לא מדעת כולם וכמ"ש מהר"ה ששון ז"ל בסימן ס"ט ואם יאמרו שהתנו כן מתחלה והסכימו כולם או שהמנהג ההוא היה אם יתרצו אנשי העיר אבל אם לא יתרצו אנשי העיר אפילו שהיחיד היה רוצה לפרוע בעד שני העריכה אין כח בידו לצאת עליהם להביא ראיה ועל הדרך שכתבתי למעלה אמנם אין אנו צריכין לכל זה דאעיקרא דדינא פטורים וכמו שכבר כתבתי למעלה •

כללא דמילתא האנשים ה"לה שלמים היושבים ראשונה במתא שאלוניקי ומשם נסעו ונתיישבו בעיר קוסטאנדינא ערקייהו מסתיינהו פטירי ועטירי מן ערורי ומן עילולי מלכא וממשאלוי הלך המוטלי' בשאלוניקי לא שליט למירמא עליהם סיון שפורעים בקושטא בכל משא מלך ואחרים בזן קצובים בין שאינם קצובים ומי שרותמו אמת ישחקו בדרך אמת הוא ישפוט שלום לנו ויגיענו לפרש' דרכים

לאחוקי שמעתתא אליבא דהלכתא ואי"ר שיגיעו כמ"ש תורתו הנראה לענ"ד כהכתוי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ק"ו

אחר שכתבתי זה הגיעו אלי ג' פסקים משאלוניקי על ענין זה להיי' לאנשי עירנו עזת הכתבי' האחד לא' מיוחד שבדור הרב המובהק וגדול ליהודים כמהר"ר חיים שבתי נר"ו והשני להחכם השלם כמה"ר ברוך אנג'יל נר"ו והג' להחכם השלם כמה"ר שמואל גאון נר"ו שלשה המה מטיבי מעד ועוזר לבני עירם והם מחייבי' לאנשי עירנו ואני הצעיר בשלבי אני הוא המזכה ובמקומי אני עומד ולא הייתי צריך להאריך בזה מפני דמשה שכתבתי בפסק הקודם יתבאר סתירת ראיותיהם וגם כל זה כניתי אני לעבור על כל ראיותיהם אחת לאחת להראות השגים והשרים שלע"ד אין מכריעות לחייב לאנשי עירנו יע"א וזה החלי

הנה הרב המובהק שיחיה התחיל בנגות ושיים בשנה מתחיל אחר היותן צריך להשה שאלוגו גבירי ושובי שיהיו יען היות כי כמשאיכ כברה גדולה והאחרי' בזה ושיים כי כבר נודע מעלת עיר שאלוניקי והביא דברי הרבנים הגדולים הרלנ"ח והרשד"ם ז"ל והנה קטנה הריך שהיה אבא' אחריו והלאתי את דבריו ויותר ממה שקריתו בזכרים הנז' ונפסק הרב שיחיה בשנה המגיע לכתפי עיר המהוללה קרינו בתשובות גדולי האחרונים ובכו שרתו הר' המובהק נר"ו ובאוניו שמעו ואשרינו שכתו לנו שנה ויקר המגיע לעיר הנז' אשר מעולם אנשי השם שמה ינאו כסאות למשפט ומן המקום ההוא היתה תורה יוצאה לכל ישראל הן היום גחל כבודה והודה ותהלתה שלשה הארץ מכמה ת"ח שלמים וכן רבים ורבנים מובהקים היודעים לטהר את הארץ מן התורה ועל כנא תהלתם הרב ההוכלא נר"ו אחרי אגביה העומדים לפניו השומעים את חכמתו וכן לענין הישוב בנבשים רבים ועושר וכבוד מודעת זאת בכל הארץ כמה עשירים וגבירים אשר בתיהם מלאים כל טוב הון ועושר בביתם ישבו שם ואם עתה בעונה הורד עדיה ותרד פלאים וכח אין לשאת עול הבגדים ושבט הנוגש כי ככל כח השבל ראוי לחוס ולחמול עליה על כן ההגינה והחמלה אמנם כפי הדין הוזהרנו בלאו ועשה ולא תהדר דינו כקטן כגדול תשמעון ומבואר בספרי ותרגום אונקלוס שלא תאמר זה עני וחבירו עשיר ומצוה לפרנסו אזכה את העני ונמצא מתפרנס בנקיות ולכן גליתי דעתי שבכי שורת הדין הגמור פטורים בני שאלוניקי שנתיישבו בקושט' וחוזר אני לטעמו ולתמכו כמה שיבא בע"ה •

ולענין הדין כתב הרב המובהק מר קשישא נר"ו שאם שלוחי עיר שאלוניקי יאמרו להלך שמתחלה מרובים היו ונתמעטו שמקצתם ברחו ומקצתם נפטרו ואינם יכולים לסבול כל כך בגדים והשיב המלך שיתחברו מקים כל הדרים בעיר שאלוניקי בזה אין עון אשר חטא מהשיא דכתב המרדכי בשם רבי' אביגדור בהשיב לקהל שפירס כו' ע"כ וכפי סברת הרב נר"ו שמן הדין הם חייבים לשאת בעול שאלוניקי אפי' לאחר למלך בפי' שיחברם יכולים אלא שכתב זה לרווחא דמילתא אפילו אם מצד הדין פטורים לאמר למלך מרוטם הזינו ונתמעטנו אין עון אשר חטא ג

ומיהו בעיקר הדין של הרב נר"ו לפי מהשם שהוא סיים על לדברי רבינו אביגדור ז"ל וכתב וכ"ש בנ"ד שמתחילה היו מרוצים ע"כ · ולע"ד איפכא מסתברא לדוקא התם שמתחילה לא היו מחוברים יכולים לומר מרוצים היינו ונתמעטנו מפני שבלבור זה לא בריא הזיקא ליושבי פיבר' יש להקל השתא מעליה' דכיון דמתחיל' לא היו מחוברי' לא יעל' על לב המלך נגד המנהג שלא היה מחבר' אבל בנ"ד שמתחי' היו מחוברי' ובלבו' שיאמרו מרובי' היינו ונתמעטנו מימשיך ובריא הזיקא דודאי המלך יתן אל לבו שבהתחברם יחד כאחד מקדם יוכלון שאת משא מלך ושרים ויגזור על החבור אפשר דאינן יכולין ואפי' נודה לרב נר"ו דהוי כ"ש וכמו שנראה מדברי הרב בעל שלטי הגבורים בריש בתרא הנה מהר"ס ז"ל פליג עליה אפילו לפירושא קמא דאחר הפשרה אין המלך יכול לשנות וכ"ש לפירושא בתרא דמהר"ס ז"ל שהסכים לדעת רבי' שמחה ז"ל ואף שבעל שלטי הגבורי' השוה לרבינו אביגדור והר"ס ז"ל בלשון אפשר אמרה ועוד שהוא ז"ל הסכים לבתם הקלוב על בני המדינה ולהם הבחירה לפרוע אותה אפי' רבינו אביגדור יודה דאין המלך יכול לשנות וכדון שלנו הוי כמש הקלוב דמודו בה מהר"ס ור' אביגדור ז"ל וא זינן לגאון החכם השלם כמה"ר שמואל נר"ו נרגש מזה וכתב דאף עשיית הבגדים הוי מש התלוי בדעת המלך שהרי בכל שעה ושעה נותן המלך בחותמו ובמאמרו למי שרוצ' שלא יטלו עליו המש וכמו שיכול לפטו' יכול לחבר ואני תמיה עליו שמודיע הנסתר בנעלם ממנו ואעיקרא דדינא פירכא שאין המלך יכול לפטור מעשיית הבגדים למי שרוצה כל עוד שאינו מנכה סך הבגדים וכמו שאינו יכול לפטור כדאינו יכול לחבר ואף אם נעשה מעשה בזה אין למדין הלכה מפי מעשה דשמא תגאי היה בדבר על דרך שכתב הריב"ש ז"ל בסימן ש"א על מה שאמרו לו דהר"ן שם לאלמנה בגלים שעליה או שנתרצו אנשי העיר אבל אם אנשי העיר אינן רוצין אין המלך יכול לשנו' ומפררכת וגם מדברי הרמב"ם ז"ל בסימן שמ"ד בפטור הרופא אין ראיה ועיין בספר משא מלך וממי שהטילו עליו עבודת המלך שפטור כמ"ש מהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קמ"ג אין ראיה דשאני התם דדינא דמלכותא הוא שכל מי שיש עליו עבודת המלך יפטר ממסים

ועוד אני אומר דאפילו נימא דעשיית הבגדים תלוי בדעת המלך כדברי החכם השלם כמה"ר שמואל נר"ו אין ראיה מדברי רבינו אביגדור דרבינו אביגדור במס שאינו קלוב שביד המלך לתבוע רב או מעט ולכן יכולים לומר למלך אנחנו מועטים שאפילו שהמלך יכביד לזה ויקל לזה דינא דמלכותא הוא אבל במש הקלוב כעשיית הבגדי' שאפילו יענו או יתעשרו יתרבו או יתמעטו אינו משנה מש הקלוב שלהם אם מכביד לזה או מקל לזה גזלה דמלכותא הוא ואינו מן הדין שהמלך ישנה המנהג וכמ"ש הבעה"ת בשי' שמ"א ואע"פ שגם כ'וכ"ש לפירוש' קמא דמור"ס דהכר דהכרי המלך עבדינן במה שהוא נגד המנהג לרווחא דמילתא כתב כן משום דבכ"ה אפילו לפירושא בתרא דמהר"ס יכול היה המלך לשנות ועל זה כתב וכ"ש לפירושא קמא דמור"ס כן אבל אם המלך רוצה לשנות נגד המנהג אע"ג דלפירוש' קמא דמוה"ס יכול לשנות לפירושא בתרא אינו יכול לשנות ולא שמכינן אפירושא קמא במקום פירושא בתרא דהדרה הוי ולא יהיה אלא ספק בגי קושיא הם המוחזקים וכמ"ש בפסק הא'

וראיתי עוד אל הרב המובהק שיהיה הסכים שהבוראי' חייבים לפרוע אפילו לסברת ר"ת ז"ל הואיל ונשתעבדו בחוב כמ"ש מהר"י קולון ז"ל ואין צורך להשיב על זה שכבר הארכתי בפסק הראשון מדברי הרשב"א ז"ל והמרדכי והגהות מרדכי ישהרא ובעל הבא מלך והסמ"ע לבשינן שיהיה שם בשעת הגביה וגם ראיתי להרב נר"ו ת"ש לתרץ מה שהוקשה לבעל עכמות יוש' שדברי ר"ת ז"ל סותרי' אלו לאלו ושמתי כעל כל הון שכיונתי לדעת הרב מר קשיא נר"ו

איברא שתירוץ הרב נר"ו ותירולי ממקום א' חוצב אמנם העבכים שבתרגים שדעת הרב נר"ו שהמרדכי כתב וכן היו דנין ר"י ור"ת ז"ל לענין דינא דמלכותא ודעתי החלושה שהיה דן כן בדין הגר כדין המלך ובמקום הזה ראיתי להחכם השלם כמה"ר שמואל נר"ו הרבה בזה דברים ואינם לפי כבודו שבעל תירוץ הרב המופלא נר"ו כתב גם אני הלעיר כתבתי זה התי' בעלמו וכתבתי דבזה ג"כ נסתלקה גם הקושיא שהקשה הרב מהריב"ע ז"ל על דברי מהרי"ק ז"ל ע"כ ומי לא ידע שבהתבטל הסבה תתבטל התסובב וקושיית מוהריב"ע ז"ל על דברי מהר"י קולון ז"ל אינה אלא כפי תירולו ובסתירות תירוצו נתבטלה קושייתו וכשל עוזר ונפל עזור

וזה חזיתי להרב המובהק נר"ו רלה לחייב לבני קושט' אפילו שבנים הבאים מתשובת הרא"ש ז"ל כלל י"ג סי' ד' ומתשובת הרב המבי"ט ה"א סי' קס"א ובתוך דבריו כתב שתשובת הבעת"ה בסי' שמ"ה הזכרתיה בפסק הראשון שנראה ממנה שהם פטורים שבנים הבאות מיירי כשילאו ברשות ולכה רה כך כרוה מתשובת הרא"ש ז"ל הכו' שכתב וירחה בעיני שאף אם ילך אדם לדור בעיר אחרת שלעולם הוא פורע מש עם העיר שילא משם וכ"ש אם עדיין דר הוא עמהם בעיר ע"כ ולכאורה הדבר מתמיה דכל שבוהה שם י"ב חדש נהשב כבני העיר שנתייבב שם ולמה יפרע מס עם אנשי העיר שילא משם והרי הוא ז"ל כתב בכלל ו' סי' י"ג שאם המש שנתנו לשלטון הוא דבר קלבה הבאים בנתים חייבים לשלם כפי מה שנהגו ובודאי דאם פורע בעיר שנתייבב אינו פורע בעיר שילא משם דא"כ לקתה מדת הדין שפרע בשני המקומות וא"כ איך כתב בכלל י"ג דפורע עם אנשי המקום שילא משם ומוכרח לומר דהרא"ש ז"ל בכלל י"ג מיירי בעיר שנוהגין שכל המתיישב שם אין לו רשות ללאת בלתי רשות אנשי העיר ובכלל ו' איירי בעיר דכל מי שירלה ללאת מהעיר רשאי או דלא וכא במקום שנוהגי' ללאת ברשות וכאן כשילא ברשות וכאן כשילא שלא ברשות וא"כ גם בנדון ת"ה נאמר דמיירי דילא ברשות

ואין דעתי נוחה בזה כלל דאם דעת ת"ה דדוקא כשילא ברשות הי"ל לפרש וזה לא כורש בשאלה ואף כי השואל לא פירש הרב המשיב הי"ל לפרש כיון שהדין משתנה ולא היה לו לתת מקום לטעות בדבריו ועוד אם אתה אומר כן נמלא דהא דתנן כמה יהא בעיר י"ב חדש להתחייב בתמי העיר ופירשו המפרשים דה"ה מסים ותשהורת נמש שאינו קבוע קאמר וזה לא כורש בשום אחד מהפוסקים ובברייתא תניא י"ב חדש לפסי העיר ופסי העיר משמע בין קלובים בין שאינם קלובים תדע דהא אמרינן בגמ' הכל לפסי העיר ואפילו מיתמי והיה אומ' רבינו יוסף הלוי ז"ל דדוקא פורעניו' ולא ארנוניו' והרא"ש ז"ל כתב דכל מיני מסים מידי דנטירות' נינהו וחייבין היתומים אלמא הכל לפסי העיר אפילו מס קלוב קאמר

והרב הנמקי ז"ל כתב וכיון שישב שם י"ב חדש הרי הוא כאנשי העיר לכל מסים ותשהורת ולפסי העיר

ולכל עניינים כבני העיר ממש ומתשובת הריב"ש ז"ל סימן קל"ב מוכיח בבירור דהא דתנן כמה יהיה מעיר י"ב חדש אפילו למס קבוע קאמר כמו שיראה המעיין שם ואף שהרב

שהרב הנזכר כה"ה כתב דבריה שכותים עמהו עליהם מהר"י פ'ורהון ז"ל הובאו נמהרש"ך ז"ל ח"מ סימן קכ"ה ובעל מבא מלך והרא"ה ז"ל סימן ט' מ"ת הכל הגוה שבכס דאם ירד ליבתקע ומהם שם י"ב ההם חייב ליבא בעול המס הקבוע וכתז שירא : המעיין במקומות הנז' ומהשאלה משאל'ה לרב מהר"י פ'ורהון ז"ל הובאו דבריו במהרש"ך ז"ל סי' הנז' ובמהר"ם מטראני ז"ל ח"ב סי' ע"ח נראה שהיו שואלים בני כפרא לבני עיר ליכנסו שיכרעו עמהם במס הקבוע שכן כתוב בשא'ה והרי אנם חייבים בכל מיני מסים וארנוניות וכל מיני עולות המלך יר"ה לכל מן הכראנ'

ועוד אם כיון ת"ה מ ירי כשיבאו ברשות אמאי הוצרך הרב ז"ל לומר דאלו ד' אנשים חייבים לשאת בעול כפורי הואיל ונשאין ונותנין שם ומקפחין ריוח שלהם בלאו הכי חייבים כיון שעקרו דירתם מטבריא ונתייסבו בכפורי יותר משנה אבל. אם נאמר שיבאו שלא ברשות ניחא שהוצרך לחייבם לפרוע עם בני כפורי מטעם דפסקת לחיותא: דאל"כ לא היו חייבין לשאת בעול כפורי כיון שהם בטבריא אבל מאחר דמקפחין ריוח שלהם חייבים לשאת בעול כפרי ונפטרים משעבוד טבריא ואם יגזור המלך שיפרעו גם כן בטבריא הוי גזילה דמלכותא ותשובת הרא"ש ז"ל בכלל י"ב כבר תרגמ' הר' בעל משא מלך בספרו אי נמי שהרא"ש מדבר במקום שאינו פורע מס במקום שנתייסב שם וכגון שמחלו לו הקהל דהשתא לא פקע מיניה שעבוד העיר שיצא משם דלא אמרי' שפטו' לשאת בעול העיר שיצא משם אלא בשנתחייב' לשאת בעול אנשי העיר שנתייסב שם ואם יפרע ג"כ בעיר שיצא משם לקתה מדת הדין לפרוע בשני המקומות אבל אם אינו פורע מס עם בני העיר שנתייסב שם וכגון דמחלו לו הקהל דעכשיו לא פקע ממנו שעבוד שיצא משם ממס הקצוב

והיינו : תשובת מהר"ם ז"ל שהביא המרדכי פרק הגוזל בתרא הביאה הרב ז"ל בסי' קע"ו מהודשין כ"א דאף דאותה תשובה היתה לחייבם במס לשים הבאות אינה ענין לנדון שלנו וכמו שאכאר בס"ד ותשובת הרב המבי"ט בח"א סימן קפ"א שחייב לאנשי טוקאט לפרוע עם אנשי משיא אפילו משים הבאות שהביא הרב נר"ו סיוע לסברתו התם שאני שנדון שלו נשבאו לדור בטוקא'לא נתחייבו לפרוע בטוקאט ובשביל זה לא פקע חיובייהו מאנשי משיא אבל א"כ דאם היו מתחייבים לפרוע בטוקאט פקע שעבודייהו מאנשי משיא ולא יפרעו בשני המקומות וכדרך שכתבתי לתש' הרא"ש ז"ל כ"ש שאיפשר לומר שהרב לא סמך על זה אלא להלכה ולא למעשה אם לא דתנאי היה ביניהם כמ"ש בסוף התשובה ואע"פי שלא הוצרך הרב ז"ל לטעמא דתנאי אלא אם ת"ל שמע .גם היה שלא ניקח כלום ממי שעקר דירתו מנו סוף כיון דהתם תנאי הוה איכא למימר אם לא היה שם תנאי לא היה סומך הרב ז"ל על הטעם הראשון למעשה ונחייב לבני טוקאט ומורגל זה בפוסקים לומר לא על טעם זה סמך אלא על טעם זה כנודע לבקי בהם ובשבריהם •

וראיתי להחכם השלם כמה"ר שמואל הלוי נר"ו הקשה על תשובת הרא"ש ז"ל בסי' הנז' ממאי דכתב בפסקין בפרק הכונס וז"ל מנהג בכל מדינות וחוק לישראל הוא ע"פי השרים והמלכים ללכת ולדור בכל מקום שירצה ולא ישעבד השר מהלהם כלום והבא לשנות ממנהג זה גזילה דמלכותא הוא עכ"ל הרא"ש וכתב החכם השלם הנז' וברור הוא דבמסים וארנוניות אולינן בתר דינא דמלכותא א"כ כשיצא זה לדור בעיר אחרת אמאי חייב לפרוע עם בני העיר שיצא משם וכעת צ"ל עיון ע"כ

ואני שמעתי ולא אבין דלא דמיא הא להא כלל דהתם איירי בשר שבא ליקח השדה מפני שבעליו אין עמו ויצא מן העיר ועל זה כתב דכיון דהמיח לשר שיפרע הטשקא מאותו קרקע המשועבדת לטשקא אין כח בשר ליטול הקרקע מפני שאין לו בעלים דהא גזילה דמלכותא הוא לומר שלא ילך למקום שלבו חפץ אבל תשובת הרא"ש ז"ל היא בענין חיוב המס הקצוב דכיון דנשתעבד באותה העיר אף אם ילך לעיר אחרת ואין מוחה על ידו מטעם המנהג שכתב הרא"ש ז"ל פרק הכונס מ"מ השעבוד לא פקע דשעבוד זה הוי כטשקא של הקרקע שאף אם ילך לדור לעיר אחרת קרקע שלו נשתעבד לקרקע אף כאן אם ילך לעיר אחרת גופו נשתעבד למס הקצוב של אותה העיר שיצא משם וזה פשוט בעיני

וראיתי להחכם השלם כמה"ר ברוך אנג'יל נר"ו כתב דמתשובת מהר"ם ז"ל שהזכרתי לעיל יש ראיה שחייבים בני קושט' השאים משאלוניקי לפרוע בשאלוניקי אפילו משים הבאות ואיברא ודאי דמדון אותה תשובה מחלוקתם היה במס דשנים הבאות אבל במחילה מכ"ת אותה תשובה אינה ענין לנדון שלנו כלל וכמו שרמזתי למעלה דהתם לא היתה מחלוקתם אלא שיבאו היאודי' הדרים במדינו' בן המלך במס עם היאודים הדרים במדינות המלך כיון דהיאודים הדרים במדינות המלך לא היו פורעים כלום נמצא שהשתא אינן פורעין בשתי המקומות וכיון שאכי' אם יפרעו במקום הזה אינם פורעי' בשני המקומו' הדין נותן שישתעבדו אפילו לשנים הבאות וכמ"ש למעלה אבל בנדון שלנו שאם אתה מחייבן לפרוע גם בשאלוניקי נמצאו פורעין בשתי המקומות לא נשתעבדו לשנים הבאות ואפילו שבנדון מהר"ם ז"ל היאודים היושבים בעיירות המלך היו פורעין מס לבן המלך לא דמי לנדון שלנו דהתם היו רוצים להשתתף שיאמו העיירות של בן המלך במס היאודים של עיירות המלך ועיירו' המלך עם עיירות של בן המלך ואיכא רווחא להאי ולהאי בהשתתפם ובהסכמים יחד ועוד דאין חילוק בזה אין ראיה מתשובת מהר"ם ז"ל ומתשובת מהר"ם מטראני ז"ל שתשובות הללו מיוסדות על פי סברת ר"י ז"ל אבל לסברת ר"ת ז"ל מעיקרא לא נשתעבדו וכבר נתבאר שעדת המתבעים יכולים לומר קים לן כר"ת ז"ל

ואיכא למידק על מהר"ם ז"ל דממ"ש המרדכי פרק הגוזל בתרא והרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף כ"ט ואלף ק"ה ובעלי הגבורים כריש בתרא בשמו דהך עובדא דכלילא עלילה היתה ולכך הבורחים פטורים מלפרוע משמע דאם לא היתה עלילה חייבים הבורחים לפרוע ומתשובה זו שכת' שותף חולק שלא לדעת חבירו משמע דאפילו לא היתה עלילה אינם חייבים לפרוע וי"ל דשאני התם שלא נשארו ברשות המלך שיצאו לרשות אחר והוא בן המלך אבל עובדא דכלילא אעפ"י שברחו והלכו לעיר אחרת היתה של המלך שהטיל הכלילא ולכן חייבים וכבר כתב מור"ם ז"ל דאם המלך יש לו תפיסה באותם העיירות שלא בטלה השותפות • א"נ יש לומר שאני התם דליכ' פסידא לעיירות שנשארו ברשות המלך דבשעת שנתן העיירות לבנו ניכה חלקם מבני העיר שנשארו ברשות וכגון זה חולק השותף שלא לדעת חבירו אבל בעובד' דחלק הבורחי' הוטל על הנשארים ואיזה תורה שזה יפטר וזה יפסיד ואפי' לדעת שפא מלך שהסכי' דאפי' לא ניכה חלקם מבני העיר אין להכריח ליושבי עיירות האלו לתת מס עם יושבי מלכות המלך איכא למימר שאני התם שאפשר שהיום או למחר יכביד בן המלך עולם ואיזה תורה שיפרעו בשני המקומות אבל הכא דאם יפרעו הם פטורים לגמרי אין שותף חולק שלא לדעת חבירו א"נ שאני התם דהמלך הפרידם מדעתו אבל בעובדא דכלילא דהבורחים גרמו ההפרדה לא: כל כמיניהו לחלוק שלא

מדעת

מלעות אנשי העיר א"כ י"ל דהך דמרדכי מיירי כשפרעו
אותה שנה והם חולקי' על שנים הבאי' ועל זה השיב מהר"ם
ז"ל דשותף חולק שלא לדעת חבירו אבל במס של אותה שנה
מודה מהר"ם ז"ל דלא מהני א' חלוקה ומוכחא דכליא כיון
דהוטלה על העיר ונתחייבו בה לדעת מהר"ם ז"ל הוא כמס
של אותה שנה ואפי' ברחו חייבים

ודע דהא דאצטרי' מהר"ם ז"ל לתרי טעמי טעם דשותף
חולק שלא לדעת חבירו וטעם דארעתא דהכי לא
נשתתפו מפני שמהר"ם ז"ל כתב דינו בשני אופנים האופן
האחד כשנתן המלך פטור ליהודים היושבים בעיירות שלו
מלתת מס והשני כשנס בן המלך לקח מס מן היהודים
הדיירים בעיירות שלו וכנגד האופן הראשון שנתן המלך
פטרם משנים כתב טעם דשותף חולק שלא לדעת חבירו
במקום דליכא פסידא וכנגד האופן השני שנתן המלך לוק' מהם
מס דהשתא לא שייך לומר דשותף חולק שלא לדעת חבירו
כיון דאיכא פסידא כתב טעם דארעתא דהכי לא נשתתפו

עוד ראיתי להחכם השלם כמה"ר ברוך נר"ו מה שכתב
לדחות ההיא סוגייא דפרק חזקת דקאמר א"כ אשלת
ירושת בנו בכור והנאני הדב' וכב' רמזתי ג"כ שיש לדחות
בפסקי הראשון ומ"מ אף לפי דחייתו יש משמע ומשינה
לומר קים לן כר"ת כיון דהמלך אינו מוחזק בשנים הבאות
וכתב הרב המובהק נר"ו שמה שנכל הפרש בין גדולי
האחרונים הרשל"ס ומהר"י פורמון ז"ל וכן המשנה דקתני
כמה יהא בעיר י"ב חודש במסים המתרגשות לבא הוא
וכבר השכחתי מתשובת הריב"ש ז"ל סי' קל"ב דאפילו במס
הקצוב הוא והחכם השלם כמה"ר שמואל גאון נר"ו הביא לזכות
לבני עירנו יע"א מתשובת בעת"ה וכמ"ש בפסקי הראשון
ודחה ראיה זו כמ"ש בע"הת דלפירוש קמא דמור"ם יכול
המלך לשנות אף נגד המנהג וכבר כתבתי דלא כתב כן אלא
לרווחא דמילתא

וראיתי עוד לרב המופלא נר"ו כתב על דברי מהריב"ע
ז"ל שמה שהוליד מדברי מהריב"ל ז"ל דבזמנינו
זה אין הרבים מוחזקים אינו אמת וכירש דברי הרב מהריב"ל
ז"ל בכוונה אחרת כבר כתבתי גם אני הלעיר שאיפשר לפרש
דברי מהריב"ל בענין אחר ויפתנה הדין ומ"מ כבר הורה
זקן ויש לבני קושט' עמוד ברזל וחומת נחשת להשען עליו
ותמהתי מהרב החסיד זקן ויושב בישיבה שכתב החכם השלם
כמה"ר שמואל גאון נר"ו שנסתפק אם הרוב לגבי מיעוט
נקראים מוחזקים

ולע"ד אין מקום להסתפק דכיון דהטעם משום דמוהרקייהו
להני בטופסא דמלכא מנא כיון שהרבים תובעים
למועטים מה לי שיהיו רבים מה לי שיהיו מועטים ולדק
בכל מ"ש בזה החכם השלם כמה"ר שמואל גאון נר"ו אמנם
מה שרצה להסכים אפילו יחיד נגד רבים הנתבעים נקרא
מוחזק כבר כתבתי בפסק הא' שכך עלתה במחשבתי וחזרתי
לאחורי מפני שלא ראיתי כן לראשונים והנה הר"ן ז"ל בס"פ
אע"פי רצה לדון לדבר הלכה דכי אמרינן דזן אדם את בניו
קטנים דוקא בשאין קיימת ומדין מזונות אמן נגעו בה
ואף על פי כן כתב בסוף דבריו אבל לא ראיתי לראשוני'
שאמרו כן

ולענין ההסכמה האריך הרב המובהק נר"ו וכלל דבריו
דכיון דתלו נדרם בדבר אחר ולא נתקיים אין
צריך התרה ועוד מטעם האמונא והביא ראיה מדברי
מהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל כמ"ש בפסקו ולפי הקטן אהר בקשת
המחילה אלף אלפי פעמים אומר דלא דמי הא להא כמו
שאבאר וקודם ראיתי לדקדק בלשון הרב נר"ו שכתב וא"כ
ראו שתקנתם קלקלתם ויצא הדבר להפך והיה סבת הקלקול

והריסת הבניין שנתרוקנה העיר וראו לבטלה כו' ע"כ ולפי
תמיה שאם ההסכמה היתה בטעות או שתלו נדרם בדבר
אח' כמ"ש הרב נר"ו למה הוצרכו לבטלה מאליה היא מבוטלת
מהטעמים הנז' אלא על כרחך לומר מדהוצרכו לבטלה ודאי
שדעתם היה דההסכמה היתה קיימת אף שלא שיית אותם
האנשים שהיו מצפים אותם שיבואו

וראיתי להחכם השלם כמה"ר ברוך מלאך מליץ בעד
ההסכמה שעשו רבני שאלוניקי שאותה הסכמה
לא נעשית ברור לכל הרוצה לצאת מן העיר אלא הכוונה כדי
שישמעו מרחוק אנשים סוחרים ויבואו לדור תוך העיר
אולי יהיה תקומה לעיר הזאת ולא לצאת ממנה האנשי'
שבתוכ' וכיון שכן כיון שהיו יוצאים מן העיר האנשי' שבתוכה
לא רצו לעכבם בפירוש כדי שלא ישמעו למרחוק ויחדלו לבא
בעירנו עשו הסכמה אחרת כדי שתתקיים כונתם שהאנשים
שבתוכה לא יצאו למקום לירתם ואולי יבואו אנשים סוחרים
לדור בעירנו וחזק הדבר מדהוצרכו לעשות הסכמה אחרת
שהאנשים שיצאו מהעיר שלא יוכלו לעשות שום סחור' בעירנו
זאת וסיים דבריו באופן שמעולם לא כיונו להת רשות לשום
איש שיצא מן העיר וכמ"ש הרבנים הגדולי' נר"ו

ובמחילת מכ"ת כמה לא אלי ולא מרגיש דאתא לאחומי
ולפטורי קא מכשר שההכרח שלו וזו ראיה
גמורה לעדת הנתבעים יצ"ו שמכח הרשות שנתנו הם פטורי'
מלשאת בעול עיר שאלוניקי דאם איתא דאפילו הם יברחו
חייבים הם לפרוע למה הוצרכו לעשות הסכמה אחרת שלא
יעשו סחורה בעירם הא כל היכא דאיתנהו חייבים לשאת
בעול שאלוניקי אדרבא יצאו ויתנו בעירם כדי שיתעשרו
ויפרעו כפי ממונם ועשרם אלא ודאי שאנשי עיר שאלוניקי
ראו שמצד הדין או מכח ההסכמה היו נפטרין מלשאת בעול
עמהם וכדי לסגור דלת בפניהם שלא יצאו מן העיר גשו
ההסכמה האחרונה כדי ש' חדלו לצאת מן העיר והם ברשות
לומר שמצד הדין לא היו נפטרין מהם הקצוב אלא כדי שלא
יצאו משאלוניקי ויסתחרו במקו' אחר ויצאו בעול הוצאו' המל' ו'
במסים המתחדשי' עשו כן זו אינה תורה דהמשיב המתחדשי'
אלא במקום שדרין שם לכ"ע ועוד האמר דהתית להכי דעשו
הסכמה להייגם מה שלא היו חייבים מצד הדין ומה שהכריח
דאם איתא דכוונת ההסכמה היתה לקרוא להם לדור מה ראו
לעשות הסכמה אחרת מילי דכדי כיונו שהם היו תושבים
שיבואו אנשים מוויניציי"א ולכן עשו הסכמה וא"כ כשראו
שלא באו ואע"פי כן היתה ההסכמה קיימת מצד הדין כמו
שאבאר עשו הסכמה אחרת כדי שלא יצאו מהעיר מכח
ההסכמה הראשונה ומכאן תשובה ג"כ להרב המובהק נר"ו
דאם איתא דמאילא נתבטלה ההסכמה למה הוצרכו להסכים
ההסכמה האחרת כיון דמעיקרא לא היו יכולין לצאת שלתי
רשות ואם יאמר הרב נר"ו שההסכמה הזאת נתקנה לבורחי'
בלתי ידיעתם ולא היו יכולים לעכבם לפרוע בשירם מחמת
תקיפותם מה ראו לעשות הסכמה הזאת אחר שעשו הסכמת
החירות ולא עשו אותה מקודם נאומם בברחם קודם נתינת
הרשות אלא שהאמת יורה דרכו שלא הוצרכו לעשות הסכמה
לבורחים דלא שכיח שיברחו להשבא והם לא יודעו ואם ימצא
אחד מעיר שיברח לא הוצרכו לעשות הסכמה בשבילו דכל
כי האי לא מצכר חסרונו אבל הוצרכו לעשות הסכמ' לאותם
היוצאים לעיני השמש ברים גלי ואין מוחה בידם מכח
ההסכמה שנתנו להם רשות ונתרוקנה העיר ולזה ראו לעשות
תיקון זה כדי שלא תתרוקן העיר

ותמהני על החכם השלם כמה"ר ברוך נר"ו איך השב
כזאת על עם ה' עיר ואם בישראל שאלוניקי

שע"א ש"ע הסכמה חתומה מיד הרבנים נר"ו לנכוב דעת
הבריות שיסכימו הרוצים לבא לדור שם בקהלו נהם דרור
ותותיה העמוד הבהרית לעכב הרוצה לבא וחלילה לבן ברית
לעשות כדבר הזה כ"ש נהתי ודבני הא"נ קי"א ובי עליון
תבטן נקרא שרי ליה מריה ומן התימא הנ"ל עליו שלא די
שאינה חכה דברים אמר לא כן אלא שכתב וכמ"ש הרבנים
הגדולים וחלילה לרבנותם וקדושתם לכתוב כדברים האלה
וכבר הזינו כתק הרב המובהק נר"ו ולא כתב רלא שכשבו
ההסכמה ואת חשבו שיבואו אנשים ועשיו שלא כאו היא
הסכמה בטעות ובטלה מתילא ולדעתו שכשהסכימו ההסכמה
לא היתה בדעתו תיך א"א הסכימו כן בכל לבם ובכל מאודם
אלא שהיו מוספים בעיקר הנדר אבל אין כונתו לו' דמעיקר'
לא היתה כונתם לתת רשות לבאת חלילה לכה קדוש

עתה   באתי על מ"ש הרב המובהק נר"ו דהוו כנדרי טעות
ולפ"ד נראה שאם אמרו בנדרים ובשבועות לא
יאמרו בדיני מתנות ובנדרים ובשבועת נפש יש חילוק בין
נודר על דעתו לנודר ע"ד אחרים שהרי אמרו בפ"ג דשבועו'
גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו ואם היה בלבו להוציא פת
חיטין והוציא פת שעורים אינו אסור לא בחיטים ולא
בשעורים וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב דשבועות מי שנשבע ואמר
שלא אוכל היום ועל דעתם אני נשבע אין זה יכול לומר כך
וכך היה בלבי שלא נשבע זה על דעתו אלא על דעת אחרים
וכיון שהיה פיו ולבם של אחרים שוין שנשבע על דעתם חייב
מפני שלבם של אלו במקום לבו הם ומהר"י קולון ז"ל בשרש
קי"ב כתב שראובן שנשבע לפרוע לשמעון בעיר פלונית ויצא
שמעון מהעיר שאם העיר שהלך שמעון אינה רחוקה מהעיר
שעומד ראובן יותר מהעיר שהיה שמעון שם תחלה חייב
לפרוע לשמעון במקום שהלך לשם אע"פ שנשבע בפי' בעיר
פ' והר"ן ז"ל בפ"ב דנדרים על הא דאמרינן כל נדר שאני
עתיד לנדור הוא בטל ובלבד שיהא זכור בשעת הנדר כתב
דהיינו דוקא בשבועות ונדרים שנדר לעצמו אבל כל שהשביעו
חבירו או הדירו אין ביטול זה מועיל לו כלום ועיין בטור י"ד
סימן רי"א וכתב מהר"ם מטראני ז"ל ח"א סי' קל"ד דאפילו
בנדר על דעת עצמו אין ביטול זה מועיל לו כלום והרמב"ן
ז"ל הביאו הריב"ש ז"ל בסימן קכ"ה כתב דאע"ג דבנדרים
שבין אדם לחבירו בעינן תנאי כפול בנדר שבינו לבין עצמו
לא בעינן תנאי כפול

וכיון   דבנדרים עצמם יש חילוק בין נודר על דעתו לנודר
לדעת אחרים איך נשוה דיני מתנות לנדרים
ושבועות דבנדרים ושבועות נאמן בינו לבין עצמו ובדיני
מתנות שוב לאחריה אינו נאמן ואם אמרו דמי שתלה נדרו
בדבר אחר דאין צריך התרה היינו דוקא בנדרים אבל אם
בדיני מתנות יאמר מנה לפלוני שאביה רע ואמרו לו כבר
מת או עשה תשובה הי נחייב לתת אותו המנה דאע"כ שגילה
דעתו שאביה רע תנאי כפול בעינן וכההוא גברא דזבין
נכסיה לעלות לא"י כו' וכתבו רש"י ז"ל והרבה מפרשים
דבמוכר מטלטלין אפילו שדעתו ליעקר באן וכתב מהריב"ל
בנ"ד ונראה שרוב הפוסקים הסכימו לדעתו וכבר האריך
הריב"ש ז"ל בסי' קכ"ה וכתב אבל מי שנותן מתנה לחבירו
כל שלשון המתנה כולל הולכין אחריו ואין הולכין בזה אחר
אמדנא אא"כ הוא אמדנא דמוכח וכההוא גברא דזבין נכסיה
אדעתא למיסק לארעא דא"י וכיוצא כן בשעת המכירה ובקרקעו'
דוקא לפי היעת שכתב ני' למעלה ע"כ והכא נמי בנ"ד אי אפשר
לומר שכתבו המחילה אע"פ שלא יבואו ואפי' שגילו דעתם
ואפילו   נמיה לרבי נר"ו דבטבקין זה נדרים וד"מ שוים לא
דמי נדון דידן לקונם שאיני נושא אשה פלונית
שאביה רע דהתם בשעת השבועה גילה דעתו ותלה נדרו
שאינו רוצה לקרותה מפני שאביה רע ולכן כיון דאתבטל
הדבר שנדר בגללו אין צריך התרה אבל בנדון דידן שהמעיין
בלשון ההסכמה יראה שהתחלתו שהרשות נתונה לכל
שרוצה לבאת שלא הזכירו מפני שיבואו אנשים מכאן
אע"פ שנראה דבריהם הליכו הסבה שהגיעה לעשות ההסכמ'
הזאת הואיל ובנתינת הרשות לא הוזכרה הסבה ולא מקרי
תולה נדרו בדבר אחר וההסכמה קיימת ודמי לנדון מהרש"ך
ח"א סימן ל"ו שכתב שם הרב ז"ל שכל שלא
הזכיר שום דבר בשעת השבועה ולא תלו
השבועה בסבה אע"פ שמתחלה כשהסכימו לשבות זה
הקבוץ והחבור היתה לסבה הנז' כיון שבשעת השבועה לא
הוזכרה כלל ולא תלו הדבר והשבועה באותה הסבה הוה ליה
דברים שבלב ואינן דברים ע"כ

ושאת   ואמר דלא כת' מהרש"ך כן אלא דוקא בנ"ד שבשעת
השבועה לא הוזכרה הסבה כלל אבל בנ"ד שאף
שלא תלו השבועה בסבה הנה בכתב ההסכמה נאה הסבה
וכיון דהסבה נזכרה בהסכמה אע"פ שלא תלו השבועה בה
תולה נדרו בדבר אחר קרינן ביה הא נמי ליתא דלא
עדיף הסכמה בכתב שהפיכו הסבה בראש דבריה ולא
הוזכרה בנתינת הרשות מהיכא דעל פה הוזכרה הסבה
ובשעת השבועה לא הוזכרה הסבה תדע דכתב מהר"י קולון
סימן קפ"ב כתב שכתוב בה בתחלתו לאהבת השלום והאמת
נתקשרו פ' וכו' אין זה כתולה נדרו באהבת השלום ע"כ

איברא   שמהרש"ח ז"ל בתשובה סימן ח' תמה על מהר"י
קולון ז"ל שאיך כתב הפך הדין דהוא תולה נדרו בדבר
אחר וכן מוכח מדברי הרשד"ם ז"ל כמהרש"ח ז"ל שכתב
בחלק י"ד סימן קכ"ב וחלק ח"מ סימן שמ"ג בהסכמות הקהל
כל שגילו דעתם שבשביל סבה זו עשו ההסכמה בטלה סבה
בטלה ההסכמה והרא"נ"ח ז"ל בסימן ל"ח השיבים דנאמדנא
דמוכח מפי אפילו לא פירש הסבה שבגללה נדר כל שבטל
הסבה אין נדרו נדר ות"ה זה לא עלה ושריד בעניינינו
דכיון דמידי פלוגתא לא נפיק יכול המוחזק לומר קים לי
ונראה לי להליץ בעד הגאון מהר"י קולון ז"ל דלא נעלם
ממנו דתולה נדרו בדבר אחר אין זה נדר אלא שסובר ז"ל
דבעינן בפירוש שיתלה ההסכמה בסבה אבל כל שלא תלה
השבועה בסבה בפירוש אע"פ שהוזכרה הסבה שבשבילה
נדר ונשבע בראש דבריו לא מיקרי תולה בדבר אחר וכן
שנראה מדברי מהרש"ך ז"ל כמ"ש (הגה עיין בפסקים
וכתבים סימן ע"ג ובהרא"נ"ח ז"ל ח"ב סימן ע"ב ובהר"ש
מפדוה סימן ע' ובמהר"י אדרבי ז"ל סימן פ"א וכ"כ
והרשד"ם ז"ל חלק י"ד סימן קמ"ג ובהראנ"ח ז"ל סי' דנ"ו
וכמ"ש בתשובת המוחסים חלק י"ד סי')

ועוד   י"ל דס"ל למהר"י קולון ז"ל דתולה נדרו בדבר אחר
התרה מיהא בעי כדעת רבינו ירוחם ודעמי
הרא"ש וכמו שנראה נ"כ מדברי רש"י ז"ל וכיון דס"ל ז"ל
דבעי התרה בנ"ד לא מהניא התרה משום דהוי נדר כמ"ש
שם הרב ז"ל ואגב אורחין יש לדקדק בלשון הרב נר"ו שכתב
דכיון דתלו נדרם בדבר אחר ולא נתקיים אין צריך התרה
ע"כ דאיך כתב בפשוט דאין צריך התרה דהא שכן סברו
הרמב"ם ז"ל והרב בעל הטורים והר"ן והרא"ש ז"ל ומ"ה
רבינו ירוחם ודעמי הרא"ש וטעם לדברי רש"י ז"ל ס"ל דצריך
התרה

ומ"ש   הרב נר"ו דהטעם דאמדנא בטלה ההסכמה והביא
על זה הרבה תשובות מהרשד"ם ז"ל וכו' הרב
נר"ו לשיטתיה אזיל דד"מ ונדרים ושבועות שוים אבל לפי
מ"ש אין ראיה מכל אותם התשובות דהתם לענין נדרים
אבל

אבל לענין ממונות בעינן תנאי כפול. וכ"ש שאין להביא ראיה מגלון הרשד"ם ומהר"י אדרבי ומהרשד"ך ז"ל דהתם אם השבועה תהיה קיימת נפיק מילתא דאיסורא שהבית הכנסת יהיה חרב למרמס ולטיט חוצות. אבל בנ"ד דאם ההסכמה תהיה קיימת אין כאן מילתא דאיסורא אלא מחילת ממון לא אזלינן בתר אומדנא אם לא בראיה ברורה ואפילו באותו נדון דמהרשד"ם ומהרשד"ך ולמהר"א ז"ל בסי' שפ"ז פסק דחלה השבועה

אברא שמהריב"ל בס"ב בשוכו ובא"ג סי' ס"ג האריך היכא דאיכא אמדנא דמוכח או מעשיו מוכיחין אי מהני אפילו בלא תנאי כפול ואינו ענין לכאן דבנדון שלפנינו לא הויא אמדנא דמוכח טובא וכמו שכבר כתבתי •

וראיתי לבעל שלטי הגבורים בפרק אלמנה ניזונת כותב בשם ריא"ז שלא אמרו דברים שבלב לא הוי דברים אלא במוכר הואיל ומכר לו במעותיו אין לו לילך אחר דברים שבלב אבל במתנה אנו הולכים אחר דברים שבלב שאם אנו מכירים דעתו שאינו גומר ומקנה בלבו אין מתנתו מתנה ע"כ ונ"ל שלמד דבר זה ממאי דקי"ל דכל שטוען טענת אונס אם הוא במכר צריך שיגלו העידים שיכירו באונסו אבל במתנה גילוי מילתא בעלמא כל שאומר שהוא אנוס אין צורך שיכירו העדים באונסו ולכאורה נראה שבנ"ד דהויא מחילה דינה כמתנה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"י מה' מכירה דברים שבלב הוו דברים

וכד מעיינין שפיר חזינן דאפילו לדעת ריא"ז בנ"ד ההסכמה קיימת שהרי כתב הרב ז"ל שאם אנו מכירין דעתו שאינו גומר ומקנה בלבו אין מתנתו מתנה ע"כ דאלמא אמדנא גמורה בעינן ובנ"ד ליכא אמדנ' וכמ"ש ועוד מי יחוש לו נגד כל הפוסקים עמודי ההוראה וכדרך שכתב הרב כמהר"ר בצלאל אשכנזי ז"ל על זה הרב ז"ל לענין אחר יע"ש וכיון דלא מצינו בשום פוסק זה החילוק בין מכר למתנה ודאי דלא ס"ל הכי דאם איתא דהכי ס"ל לא הוו שתקי מינה דודאי חדוש כי האי צריך לאודועי כמ"ש הרי"ף ביבמות פרק האשה שהלך בעלה למ"ה על קברת רב יהודאי גאון ז"ל על שומרת יבם דאי איתנהו להנהו מילי דרב יהודאי גאון לא הוה שתיק גמ' מיניהו גם מהריב"ל ז"ל בס"א דף קל"ג כתב על דברי הרא"ה ז"ל במקודשת אני לפלוני וכן י"ל בנ"ד דהרא"ה ז"ל אם שאר הפוסקים הוו ס"ל הכי לא הוו שתקי כל הפוסקים מיניה כי דרכם לפרש ולא לסתום ע"כ והרבה פעמים משתמש הרב ז"ל בטעם זה בספריו ומיהו הכל לפי המקום והענין כמ"ש במקום אחר

ועוד אני אומר דאם בהסכמה היו מפרשים קצת אנשים במשל שיאמרו שמוע שמענו שיש אנשים פלוניים רוצים לבא לדור כאן ונמנעו לבא פן יפרשו רשת לרגלם וינעלו דלת בפניהם לזאת ראה ראינו להחזיר תפארת החירות כבראשונה כו' ולא באו היה מקום לומר שתלו נדרם בדבר אחר ולא נתקיים אבל כיון דבהסכמה לא פירשו שום פרט אלא בכולל כתבו הלא מאז העיר ה' את רוח אחינו פזורי הגולה כו' היתה מגמתם פה ומידי יום יום היו באים עדרים עדרים ויהי לתקופות הימים קרא ה' על הארץ גזרות ברורות כו' על כן פרשו רשת לרגלי יושבי עירנו כו' ויהי היום ראה ראינו כי העיר סוגרת ומסוגרת אין יוצא ואין בא כי אחינו פזורי הגולה שהיו באים כפע' בפעם לגור בארץ הזאת נמנעו מלבא לזאת ראינו ונתון ל לבנו להחזיר תפארת החרות ע"ב וכונת ההסכמה הזאת שמפני שראו שכלתה רגל מן העיר נהגו ל.ט דחוף כדי שישמעו שנתנו להם דרור ויתעוררו לבא בעירם וכיון דלא קבעו זמן לביאתם היאך יוכלו לומר שתלו נדרם בדבר אחר ולא נתקיים דאם עתה לא יבואו יבואו למחר ואם למחר לא יבואו יבואו לשנה הבאה דכל דבר שלא נקבע זמן הוי לעולם כדתניא בש"ס מרובה והביאה הרב בעל הטורים ז"ל הי"ל סי' רי"ט וז"ל מי שנדר או נשבע ליבא אשה או לקנות בית וכיוצא בו ולא קבע זמן אין מחייבין אותו ליבא ולקנות מיד עד שימצא הראוי לו ע"כ וכן בגיטין פ' מי שאחזו תנן ע"מ שתשמשי את אבא ואיפליגו רבא ורב אשי דלרבא בסתם כרי' לשמשו כל ימי חייו ולרב אשי יום א' ופסק הרא"ש ז"ל כרבא לחומרי והרשב"א ז"ל בתשובותיו הביאו דבריו הר"ן ז"ל בפרק מי שאחזו ומהריב"ל ז"ל בס"א דף קמ"ה כתב לדיני ממונות אפי' רב אשי מודה דסתם הוי כמפרש כל ימי חייו וה"ה ז"ל בפ"ז מה"א כתב ודע דכל התנאים שלא נקבע להם זמן הוי לעולם לפיכך אם הם במעשה כגון הרופה שיעשה כך וכך או שיהיה כך וכך ולא קבע זמן לתנאו כל זמן שיהיה הדבר ההוא נתקיי' התנאי כו' ודע שיש ללמוד מדינים אלו לד"מ במתנה בהם וכן לכלומקום בענייני התנאים כו' וכ"כ הר"ן ז"ל בפרק האומר איברא שהרא"ש ז"ל בתשובותיו סי' כ"ר כתב למי שפטרוהו הקהל מהמס סתם אין הפטור אלא מהמס הראשון ובעל משא מלך בח"ה ש"א משפט ה' כתב שיש לחלק בין פטור שפטרוהו הקהל לתנאי דבעלמא וביאור דבריו דיש לחלק בין כשהפטור או החיוב הוא בסתם לכשהתנאי הוא בסתם ולא קבע זמן דס"ל להרא"ש ז"ל דדוקא כשנתן והתנה ע"מ כך הוי לעולם אם לא קבע זמן אבל כשפטר או נתחייב בסתם ממס הראשון קאמר

ובהכי ניחא שסיים הרא"ש ז"ל באותה תשובה והמקבל עליו לזון את חבירו בסתם או יתן מאה זהובים בשנה דין זה כדין הראשון ובשנה אחת יפטר מנדרו ע"כ דליכא לפרושי שיש לחלק בין פטור הקהל לתנאי דמעלמא שאינו מן הקהל דא"כ במתחייב לזון את חבירו אמאי לא הוי לעולם אלא ודאי כדאמרן ולפי זה בנ"ד דתלו נדרם בדבר אחר דהוי תנאי כל שלא קבעו זמן לביאתם הוי לעולם דאין נראה לחלק בין חיוב או פטור לתנאי וחולקים ה"ה עם הרא"ש דלהרא"ש בין פטור בין תנאי איכו לעולם ולה"ה בין פטור או חיוב בין תנאי הוי לעולם וטעם מחלוקתם תלוי בסוגיא דפרק מי שאחזו דהרא"ש ז"ל סבר דאי קי"ל דבסתם הוי לעולם היינו דוקא בגט דלגטורה קא מכוין אבל בממון הוי כמפרש וכבר פירש משא מלך הסוגיא לפי דעתו אבל ה"ה ז"ל הולך ע"פ דרך הרמב"ן והרשב"א ז"ל שכתבו איפכא דדוקא בגט משום דלגטורה קא מכוין סליק רב אשי ואמר דסתם ה"ל כמפרש יום א' אבל בממון הוי לעולם וכן ראיתי לרי"ו ז"ל נט"ו ח"א כתב מחלוקת בזה אלא שלשונו מגומגם שכתב הנותן לחבירו ע"מ שיזון לו יש מי שכתב שיזון אותו כל ימי חייו וכן ע"מ שתשמשי את אבא וכן ע"מ שתניק את בני כל ימי הנקתו שהם כ"ד חדש ולא דמי לתנאי בגט כי התם די ביום אחד דלגטורה קא מכוין ע"כ • ויש לתמוה כיון דכבר אמר וגם בתנאי דתשמשי את אבא ותניק את בני כל ימי חייו וכל שני הנקתו קאמר ממה נרגש הגט שהוצרך לומר ולא דמי לתנאי בגט כו' ועוד איך כתב כי התם די ביום א' ולעיל כתב איפכא ונראה שיש חיסור לשון וכ"ל וכן שתשמשי את אבא ותיני' את בני כל ימי הנקתו כו' ויש מי שכתב בתשמשי את אבא ותניק את בני

יום אחד קאמר ואין לעולם ולא דמי לתנאי בגט כו' אלא שקשה לזה מה שציים ויש מי שכתב שדינם שוה ע"כ דויש מי שכתב היינו ת"ק ואפשר דיש מי שכתב לא בא לומר אלא שדינם שוה אבל כאי ע"מ שתשמשי את אבא ושתניק את בני הוי כמפרש יום אחד או לעולם לא פסיקא ליה כסברא הראשונה דפסיקא ליה דהוי לעולם ואפשר דיש הפרש בין סברות אלו דלסבר' הראשונה דינם שוה דבין בגט בין בממון הוי דינם לעולם ולסברא האמצעית גט וממון אינם שוים דבגט יום א' ובממון לעולם ולסברא הב' גט וממון שוים ובשניהם סתם הוי כמפרש יום אחד וז"ת יש מן הדקדוק עליו דלמה לא כתב סברא ל' והיא סברת הרא"ש ז"ל דגט וממון אינם שוים דבגט ה"י לעולם אבל בממון יום א'

ואפשר שדברי ר"ו ז"ל שלמים הם ואין כאן היפו' לשון

ות"ש וכן שתשמשי את אבא ותיניק את בני כל ימי הניקתו שזה כ"ד חדש במתנה עם התשמשת והמניקת בלתי שנה איירי וקאמר בודאי כשהתנה עמה כך והיא נ' זחיבה לעול' נתחייבה וע"ז הוקש' לו דגם כשמתנ' גם בגט שכתולה הגט ע"מ כך סתם כמפרש יום א' לפי דעת הרי"ף וסיעתו ותירץ דהתם די ביום א' דלצעורה קא מכוין ויש מי שכתב שדינם שוה ואין הפרש בין שמתנה כן בנתינת הגט לשאינו מתנה כן בנתינת הגט ולא יקשה שציניך דמדברי רי"ו ז"ל כאן נראה דשתם כסברת רי"ף ז"ל וסיעתו דבגט סתם הוי כמפרש יום אחד ואלו בספר אדם וחוה נכ"ד ח"א כתב שתי הסברות ולא הכריע ואדרבה כתב סברת הרא"ש ז"ל באחרונה דמה שציים כאן ולא דמי לתנאי בגט לאו לדידיה הוא אלא סיום מה מי שכתב הוא ויש מי שכתב ס"ל כסברת הרי"ף וסיעתו ז"ל ואף לפי מ"ש דדבר זה הוא מחלוקת הרב המגיד ז"ל עם הרא"ש ז"ל בכ"ד יכולין עדת המתבעים לומר קים לן כה"ה ז"ל וסיעתו כ"ש למ"ש בעל משא מלך דבתנאי כ"ע מודו דהוי לעולם ועיין במהרש"ך ז"ל ח"ב סימן קמ"ה ובמשפט לדק ח"ב סימן ע"ד ועוד אני אומר דכיון שהם תלו נדרם בדבר אחר והוא כדי שיבואו אנשים לדור בעיר' ולא פירשו קצבה כל שבא אדם אחד לדור אחר ההסכמה הרי נתקיים ומי יימר דמי"ד שנה ועד הנה לא בא שום אדם להשתקע שם וכמ"ש למעלה •

וראיתי להרב המובהק כר"ו בפי' הדרך הראשון שם מחלוקת בין הר"ן ורבינו ירוחם ז"ל דלדעת הר"ן ז"ל צריך לומר בפירוש שנשבה את כיסי ושהכתה את בני ולדעת רבינו ירוחם ז"ל אין צ"ל כן בפירוש ולא מש"ה הכי כמ"ש הרב המובהק כר"ו וגם ממה שהביא דבריהם הרב הגדול בב"י נ"א ביאר שחולקים הר"ן ורבינו ירוחם נראה דס"ל דלאו פליגי גם הרשד"ם ז"ל חלק י"ד סימן קל"ו הביא דברי רבינו ירוחם ז"ל כאלו הם מוסכמים

ולכן נראה לע"ד דהר"ן ורבינו ירוחם לא פליגי ומודה רבינו ירוחם להר"ן ז"ל דבעינן שיאמר בפירוש שגנבה את כיסי ואי לאו הכי הוי נדר ואפ"ה בנשבע שלא יעשה כך מטעם שהיה סבור שהוא איסור גדול ואח"כ נודע לו שלא היה בו איסור כ"כ לא חלה השבועה מפני שהיה טעות בעיקר הנדר שהרי לא אמר אותו הדבר עליו אלא בחשבו שבלאו נדרו היה איסור גדול וכיון שנתגלה לו שלא היה אסור לא חלה השבועה שהדברים מוכיחים שלא אמר אותו דבר אלא מפני שהיה איסור אבל בקונם אשתו שגנבה את כיסו יש מקום לומר שרצה להדיר את אשתו בשביל שנה אחרת הידועה לו ועתה הוזר בו ולכן

צריך לפרש שגנבה את כיסו ושהכתה את בנו (הגה' עיין בתשובות הראנ"ח ח"א סי' נ"ו וס"ב סי' ע"ב ובתשובה למורי הרב ז"ל חלק י"ד סימן כ"ז ע"כ ההגה"ה)

ודברי רבינו ירוחם ז"ל בשהביא דקונם שאיני נוהג לפלוני שאביה רע ודברי הרב בעל הטורים ז"ל ודברי הרא"ש בפסקיו והתוס' בפ"ד דנדרים גבי שגנבה את כיסי צריכין ביאור ואין להאריך (הגה"ה עיין בתשובת השואלין חלק י"ד סימן כס עמדתי על דבריהם יע"ש ע"כ ההגה"ה)

והנה הגיע עת לקצר ולתת גמר לדברי ואומר ככתוב אז בפסקי הראשון לכבוד לעדת המתבעים כתב עתה לכטרס המשא מלך ושרים המוכלים בשאלוניקי בין קצובים בין שאינם קצובים בין בחובות שנשבעו קול לאתם בין כתבו שנשבעו אח"כ לפי שורת הדין הנכור אתם למען תלך בדרך טובים ראוי לעדת הנתבעי' נחום ולחמול על העיר המהוללה שאלוניקי העיר קברות אבותיהם השרויה בדוחק ובלער ובפרט לכבוד חברת ת"ת אשר שם שמעה הולך מראש העולם ועד סופו שממנה היתה תורה יוצאה לכל ישראל וכמה ראשי סנהדראות וראשי ישיבות יצאו נכנים על התורה ועל העבודה ממנה ואתה כאשר שמע שמענו הן עוד היום היא תתהלל לכל דבר שבקדושה לתורה ולתעודה ואם ח"ו יוסיפו הצרות שדה תחרש ולכן ראוי לאנשי חיל יראי אלהים כמוהם לאזור אזור התבונה והתפלה להצלו' ארוכה ומרפא למחלתה כפי כחם והאדמה לא תשם אמרי המדבר על אזן שומעת הלעיר חיים במהר"ר ישראל נכנבשת זלה"ה

סימן קו

תיריא לנכון ומעולה הר' חיים סנגולו יצ"ו שנת הש"ך

שאלה

ראובן היה לו קרן אלפים גרושי"ש ונהלך וקנאם בתים ולא נשאר לו קרן כמו שהיה בתחלה ורוצים הקהל שיפרע עמהם מה שהיה פורע בהם השוחרין חוץ ממה שהיה פורע בעד הבתים שלרה וראובן אומר שכיון שפורע בעד הבתים שלקח אין לו לפורעם עם הקהל יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה

מודעת זאת שדיני המסים וארנוניות תלויין על פי המנהג כדאיתא בפ' הגוזל ובלבד שלא ישנו ממנהג האחרים והספרי' ע"כ אלמא דהולי' בתר מנהגא כמ"ש המרדכי בפ"ק דבתרא והרשב"א והריב"ש ז"ל והבעת"ה בתשובותיהם ובתשובות גדולי האחרונים ז"ל מגדולי הדור שלפנינו אשר לירא את האריכות כל אחד ואחד שמותם על שפתי ולכן אם יש מנהג על זה ילכו אחר המנהג שנהגו נכיר אשר נשאלה השאלה

ואמנם אם אין מנהג פשוט בעיר חזרתי על כל לדדי זכות הקהל ולא מלאתי סמך לחייב את ראובן לפרוע בשני המקומות איברא דמש"ש הריב"ש ז"ל בתשובה סי' קל"ב ועולה שם מדבריו דיחיד הנותן חק למלך אפי"ה צריך ליתן עם הקהל היה מקום לחייב לראובן לפרו' בשני המקומו' וכד מעיינינן שפיר לא היא דלא אמרה הריב"ש אלא דוקא בכ"ר שהסוחרים היו נותנים חק למלך כדי שלא יגיע להם נזק בשביל סחורתם ומה שנותנין הקהל הוא מסים וארנוניות הקצובים עליהם וכדהיא דכתב הרא"ש ז"ל בכלל ו' סי' י' על ראובן שהוא בעל מלאכה לבע או רלען וצריך להוליא יציאות בכל שנה של מלאכתו ליתן לגובשי' ומתוכן

שלא

שלא יעלילו עליו כל כך בעלי האומניות והקהל נ"כ נותנין לשופטים כשיבואו לערכאות שלהם ותובעין מראובן ליתן חלקו והשיב הרב ז"ל דאם הקהל נותנים פרס לשופט שלהם להיות להם לתיקון ולחומה בכל עת שיצטרכו לעזרתו כמו שצריכין בגלות החל הזה לשחד החורים והסגנים בכל עיר ועיר גם ראובן השבט צריך לזה וא"א ליפרד מהם כו' אבל אם אינן נותנין לשופטים כי אם לסייעם בערכאות וראובן אינו צריך לזה אינו מחוייב ליתן עמהם ע"כ

ונראה לע"ד שא) שהרא"ש ז"ל לא הבי' ראיה לדינו מרוב פשיטותו' ממוכות שלו מהא דאיתא בפ' השותפין ר' יהודה נשיאה רמא שורא ארבנן א"ל רבנן לא צריכי נטירותא אמר רב יהודה הכל לאגלי גפאי אפילו מיתמי אבל רבנן לא צריכי נטירותא הכל לכריא פתיא ואפי' מרבנן ופרש"י מפני שהכל צריכין למים אלמא כל דבר שצריך לו האדם צריך לפרוע עמהם וכל שאינו צריך לו א"צ לפרוע עמהם וכדברי הרא"ש ז"ל ונדון דהריב"ש ז"ל נמי דכותה שמה שפורעים הקהל למלך הוא צריך לו אפילו שפורע למלך מחוקו דאין אנו יכולין לומר דנדון הריב"ש ז"ל מיירי אפילו שאינו צריך להוצאת הקהל דאם כן קשיא עליה הך סוגייא שכתבתי

ואפילו נימא דהריב"ש ז"ל חולק עם הרא"ש ז"ל וסובר דאפילו שאינו צריך לזה חייב לשלם ויפרש פירוש אחר בסוגייא ואנהנו לא נלע נקטינן כהרא"ש ז"ל דרבים קיימי כוותיה ותו גם דהוי דבר שבממון ויכול המוחזק לומר קים לי כהרא"ש ז"ל דאינו חייב לפרוע ואע"ג דלענין מסים בפלוגתא דרבוותא הרבים מוחזקים כמ"ש המרדכי בפרק לא יחפור משם מהר"ם והסכים דבר זה מכל האחרונים ז"ל היינו דוקא במס הנוגע למלך אבל בזמנינו זה שאין הקהלות מחלקות בין המס שהם לפרוע למלך ובין שאר המסים אין שום מקום לשאות לרבים מוחזקים (הג"ה וכ"כ מהר"ם די בוטון ז"ל בתשובותיו סי' ל"ב ע"כ הגה"ה) וצריך אתה לדעת דמ"ש בספר משא מלך ת"ג שער ב' משפט ב' דהממון שאינו פרעונו אלא בעיר אחרת דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם משלם ממנו מס או אינו משלם ראוי לשלם כיון דהרבים מוחזקים מיירי בשיש שם מנהג שאע"פ שאילן מחלקים בין המס אשר למלך לשאר מסים שהרבים מוחזקין או כשהדבר ברור שאותו מס צריך לפרוע למלך ולא נכלל בו שום מס אחר וכמו שרמז הרב ז"ל בעצמו וכתב וכייחד חלק לראות על איזה אופן הרבים הם מוחזקין ואפילו נימא דכיון דאיכא פלוגתא לרבוותא אי מיקרי מוחזק או לא מיקרי מוחזק אין לומר קים לי כמ"ש מהריב"ל וכל גדולי האחרונים ז"ל מ"מ אור הדין שאין להוציא מיד המוחזק בממונו ואפי' אם יהיה קרקע שכתב מהרש"ח דאית לן למיזל בתר הרוב הכא רובא דרבוותא סוברים כסברת הרא"ש ז"ל

מעתה כנ"ל אין ראיה מדברי הרא"ש ז"ל שיפרע בשני המקומות שלא אמרה הרא"ש ז"ל אלא דוקא בכה"ג שהם דברים מחולקים והוא צריך לאותו דבר כמו שצריכין לו הקהל ולפיכך הוא חייב לפרוע בשני המקומות מאחר דיש לו הנאה לפרוע בשני המקומות אבל בנ"ד שאין העוארין הוא על הממון שמי שיש לו ממון יפרע סך כך למאה כפי מה שמעריכין אותו הקהל ומי שאין לו ממון אינו פורע מס העוארין נמצא שכל חיובו של ראובן אינו אלא מפני ממונו וממונו כבר קנאה אוירות לא מן הדין הוא שממונו יפרע בשני מקומות שאם אתה אומר כן לקתה מדת הדין שנמצא זה פורע בשני המקומות כפלים ממה שהוא חייב לפרוע וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תרמ"ד

ובתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קס"ו כתב שאלת ראובן דר באושקה והושיב חנוני בנכסיו בערקוסטא והחנוני דר שם ותובעין קהל סרקוסטא לפרוע מס עריכת הבושה דיני המס מחולקים בכל מקום והולכים אחר המנהג אבל לפי שורת הדין מסתברא שהדין עם קהל סרקוסטא לפי שאין אדם פורע מס לפי נפשות אלא לפי ממון ובמקו' שהמ הממון שם חיובו כיון שעסקו קבוע ולא כאלו שהולכים לכפרים ומוכרין שם ונפרעין ומחזירין עמהם למקומם ואפילו בענין זה אנשי המקום שהוא נושא ונותן שם יכולין לעכב על ידו אלא א"כ יפרע עמהם מס וכדאיתא בפרק לא יחפור עכ"ל והנה הרב מהר"ר בצלאל סי' ל"ט נשאל על ראובן שהיה דר בעזה ומשאו ומתנו וממונו שם ופורע מס בחברון לפי שנכתבו בחברון הוא ואבותיו ועברו כמה שנים שאלו אנשי עזה וטוען תובעים ממנו מסים וארנוניות המקום אשר הוא נושא ונותן שם והשיב שהדין עם הקהל והביא ראיה מתשובה זו של הרשב"א ז"ל וכת' מעתה הרי הדין פשוט לפניך שראובן שמקו' דירתו וממונו וכל עסקו בעזה הרי הוא חייב בעזה כפי ממונו ומשאו ומתנו אשר שם כשאר תושבי עזה ואינו נפטר במה שלוקחין ממנו ע"כ והקשה הרב משפט צדק ח"א סימן ס"ו דאין ראיה מדברי הרשב"א ז"ל דדילמ' שאני התם שהם מלכיו' נפרדות ואינם פורעים כולם מס לשנ"א ועוד למה לא הביא ראיה מהמשנה כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר י"ב חדש ומוקמינן לה בגמ' בפסי העיר ע"כ ומהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' ס"ט כתב דכוונת הרב ז"ל בתשובה זו דקהל אושקא היו רוצים שראובן יפרע מס עמהם כיון שראובן דר שם וקהל סרקסטא היו אומרים שיפרע עמהם כיון דהממון היה שם ומעולם לא היתה כוונתם שיפרע בשני המקומות והשיב הרב ז"ל שמכח הסברא חייב לפרוע בסרקסטא ולא באושקא מהטעם שכתב נשען על סברתו שכתב בסי' תרמ"ד דאינו מן הדין לפרוע בשני המקומות וזה אינו אלא מכח הסברא דממאי דאיתא פרק לא יחפור נר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב ואי שייך אכרגא לא אפי' מעכב ליכא ראיה משם אלא שאם ירצה להסתחר שם יפרע עמהם אבל באיזה מקום יפרע לא שמענו משם אלא מכח הסברא ושבור הייתי לפרש דהרשב"א ז"ל לא סייע דינו מהא דפרק לא יחפור מפני שהיה מקום לדחות מפני שלא אמר רב הונא דמצי מעכב אלא כשבא להסתחר בגופו להרויח באומנות ולא בממון כדמשמע בגמ' ובזה דבא להרויח בגופו מצי למימר פסקת לחיותא אבל בנדון הרשב"א ז"ל שבא להסתחר בממונו ה"א דלא מצי לעכב כתב הרשב"א ז"ל דאפילו במרויח בממונו מצי לעכב וזהו שנאמר רש"י ז"ל וכתב מצי לעכב מלעשות כאן אומנותו ולהביא כאן למכור כדי שלא נפסה דווקא במרויח בגופו ולא בממונו אמרה רב הונא אלא שאין זה אמת שהרי הרשב"א ז"ל סיים בלשון הזה ואפילו בכענין זה אנשי המקום אשר הוא נושא ונותן שם יכולין לעכב ע"י אא"כ יפרע עמהם כדאיתא בפרק לא יחפור ע"כ נראה ברור דסובר הרב ז"ל דמיירי נמי במרויח בממונו ותו שסיים הרשב"א ז"ל ולא כאלו ההולכים בכפרי' כו' יש להבין דמדכת' ולא כאלו כו' נראה שיש הפרש לענין הדין בין אלו שעסקם קבוע לאלו שהולכים בכפרי' ולפי מסקנתו כולם שוים לפרוע בעיר שנושאים ונותנים שם ומהר"א ששון ז"ל בסי' הנז' כתב דאע"פ שלענין הדין שוים בטעמים מחולקים הם ולפי פירושו אין ראיה מדברי הרשב"א ז"ל לנדון הרב מהר"ר בצלאל דהרשב"א ז"ל מדבר כשהוא כורע במקום שנכסיו שם ולא במקום שהוא עומד שם ונדון מהר"ר בצלאל ז"ל פורע בחברון

אבל תימא הוא בעיני היאך מחולקים בטעמיהם שהרי בני הכפרים יכולין לעכב מטעם פסקת לחיותא והוא הטעם

שחייב לתת שעסקו קבוע לפרוע בעיר הזאת דאל"כ תהיה שעה יפהע בזרקו זה ולא בחוט. והנכון אצלי בכוונת הרשב"א ז"ל שרצוי לחלק בין אותם שעסקם קבוע בעיר אחרת למי שעסקו עראי שמי שעסקו קבוע אינו פורע אלא בעיר שהם דר בה ז"א בעירו דאז המס מוטל לפי נכסות א"א לפי הממון אבל מי שעסקו עראי פורע בבני המקומו' ונבר כדר הרב ז"ל לפרש כן בדברי הרשב"א ז"ל וחזר בו מפני מ"ש בסי' תר ז"ד דא"כ לקתה מדת הדין לפרוע בבני המקומות וזו מסוס הא לא איריא דלא אמר הרב דלקתה מדת הדין לפרוע בבני מקומות א"א כשעסקו קבוע במקום אחר דאין לו הנאה בעירו א"א הדירה אבל במי שעסקו עראי שם יודתן לו סחורה יקננה ומשא ונותן נ"כ בעיר אחרת לא שייך לומר לקתה מדת הדין לפרוע בבני המקומות כיון שיש לו הנאה מבני המקומות וכן חילק בס' משא מלך ח"ג מ"כ להשכים דברי הרשב"א ז"ל לאחר הפוסקים מעתה מה שהביא מהר"ר בצלאל ז"ל ראיה לדינו מתשו' הרשב"א ז"ל מביא מדין מי שעסקו עראי שפורע בבני המקומו' כ"ש בנידון שלו שעסקו קבע במקום שממונו שם וגם הוא דר שם שאינו נפטר במה שפורע שם ואם מה שלוקחין כחברון הוא כדין או שלא כדין לא שקיל וטרי שם מפני שלא נשאל אלא אז יפרע בינוה מ"מ מה שהקשה בשבר משפט כדק קשיא עליה וצ"ע ומ"מ בין הכי ובין הכי כשעסקו קבוע אין מן הדין לפרוע בבני המקומות וכמו שנתבאר

ואיכא לאתמהי על מהרש"ך ח"ג סי' מ"ג שחייב לפרוע בבני המקומות הפך תשו' הרשב"א ז"ל וליכא לאוקמי במי שעסקו עראי דמדברי השאלה מוכח בבירור דאפי' במי שעסקו קבע חייב מהרש"ך גם אין לו' שדעת מהרש"ך כרבני האשכנזים שחולקי' על הרשב"א וה"ס מהר"ס מרוזנבורק ומהר"י וייל ובעל ת"ה שסוברים דאפי' ממון שיש לאיש בעיר אחרת חייב לשלם מש כמ"ש משא מלך ח"ג במשפט השני דהי"ל לרב ז"ל להזכיר המחלוקת ולבאר שתופס עיקר כחולקים על הרשב"א ז"ל ולא שהחליט המאמר כאלו היא הלכה מוסכמת מהכל ועוד איפשר שיחלוקו הרשב"א ז"ל בדבר ויתפוס מהרש"ך ז"ל בפשוט כנגד דעתו ועוד שהרי בספר משא מלך כדי להשכים דעת הרבנים הנז' עם הרשב"א ז"ל חילק בין כשהממון קבוע לאינו קבוע שאם הממון קבוע יודו הרבנים הנז' להרשב"א ז"ל דאינו פורע אלא במקום שיש הממון וכשהממון אינו קבוע שם משלם בבני המקומות כבר כתבתי לעיל דמדברי השאלה אשר בשאלה למהרש"ך ז"ל מוכח בבירור שהממון קבוע במקום אחר שם ולפי חילוק זה שחלק בעל משא מלך כבר אתה רואה מבורש דז"ל דמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' ולא כאלו שהולכים בכפרים כו' שחייבים לפרוע בבני המקומות וכמ"ש למעלה ואיך שיהיה דברי מהרש"ך ז"ל תמוהים איך החליט המאמר הפך דברי הרשב"א ז"ל ובעל משא מלך רצה לומר דלא חייב מהרש"ך ז"ל באותה תשובה לפרוע בשקים אלא בכסף גולגלתא ואני שמעתי ולא אבין איך איפשר זה ומהרש"ך ז"ל כתב בלשון הזה כל שלא הוציא עצמו מפנקס. המנהג שהיה כתוב באותו מקום שילא משם חייב לפרוע המסים וארנוניות שהיה פורע קודם לכן בעיר. ודברים אלו מורנת באצבע דאפי' בעסקא קאמר

והמתמור אצלי שדעת מהרש"ך ז"ל שלא אמר הרשב"א ז"ל דאם משלם בבני המקומות לקתה מדת הדין אלא דוקא כשאין לו שייכות בעיר שדר שם כגון שאינו פורע מס גולגלתו בעיר הזאת אלא בעיר אחרת דכיון דאין לו שייכות עם העיר אלא שממונו הוא משועבד למסים כל שאין הממון שם אינו פורע הו"א במקום שמסדר שם אבל כשיש לו שייכות במדינה שדר שם שפורע שם כסף גולגלתו והוא שותף עמהם בדבר זה כיון דנשתתף עמהם בזה נשתתף נ"כ לשאר מסים וארנוניות ואע"פי שתשובת הרשב"א ז"ל בתשובה סימן תשכ"ו איננה מיושבת לפי זה המדקדק יכול ליישב היטב לפי זה ודוק ומינה בנ"ד לדעת מהרש"ך ז"ל אשר שילם בבני המקומות אלא שאין נראה מדברי מהרש"ך ז"ל וצ"ע

ואם באנו לחייב לראובן מפני שנפרד מן הקהל שהיה פורע עמהם מס ועכשיו הוא פורע בפני עצמו

ולא כל כמיניה ליפרד מן הקהל. וכמ"ש מהר"ם ז"ל בתשובות דפייבי לשבר קנין סימן כ"ט ונראה כן מדברי ת"ה סימן קמ"ד נאו מילתא היא דלא אמרה מהר"ם ז"ל אלא כשרוצה להפרד מבלי שינוי במקומו וההפרדה היא הגורמת לא השינוי אבל כשהשינוי גורם ההפרדה כנ"ד שלקיחת החכירות גורמת ההפרדה אין בכך כלום דאטו אם הוא רוצה לשנות מקומו או לגלות לעיר אחרת או לקנות חפצים ומטלטלין וכל דבר דאיקרו נכסי דלא כרעי תם אנו נעכב ע"י אתמהא אלא ודאי אין הדברים אמורים אלא כשההפרדה היא הגורמת אבל כשהשינוי גור' ההפרדה אין אנו יכולים לעכבו בכך כלל העולה שראובן זה פטור מלפרוע בבני המקומות וכיון שפורע בבני האנים אין לו לפרוע שבית עם הצבור זולתי שאם מה שפורע בבני האנים הוא פחות ממה שנוגע לו לפרוע בשביל החכירות עם הקהל חייב לפרוע היתרון לקהל והבא לחייב לראובן לפרוע בבני מקומות צריך להביא ראיה ברורה לדבריו

(הנה"ה אחר זמן רב נדפס ספר מקור ברוך וראיתי הספר שהביא תשובה אחת להרב השיב כמהר"ר מרדכי קלעי ז"ל וז"ל השאלה עיר אחת דרים בה יהודים וישמעאלים והיהודים דרים לבד ופורעים מס האוארי"ץ לבד ויש בעיר מהלך אחת שהיו דרים בה ישמעאלים עם היהודים והיו פורעים הישמעאלים המס בפני עצמם ואחר זמן לקחו היהודים הבתים שהיו דרים בהם הישמעאלים ובואו"ים שאר הקהל מהיהודים הם שיפרעו עמהם האוארי"ץ והם טוענים לומר שכבר הם פורעים עם הישמעאלים שבעיר ואין להם לפרוע שני פעמים ע"כ והיא השאלה שנשאלתי עליה אני הצעיר בשינוי לשון והענין אחד והשיב הרב ז"ל אם האוארי"ץ על הבתים כפי הבנין הבתים וחיוב המס אינו כפי בעריכה אין ליהודים שקנו הבתים לפרוע שני פעמים וכיון שפורעים האוארי"ץ בשביל הבתים שהיו להם קודם ובעד הבתים שקנו עכשיו אמנם אם מנהג בעיר להטיל האוארי"ץ כפי עריכת הממון או כל חיוב מס זה יוטל על כלל היהודים לפרוע הכל כפי הערכה וכל היהודי' הדרים בין בעיר הדרים במהלה שהיו מיוחדת בשותפות עם הישמעאלים בין היהודים שהיו פורעים מקודם לבדם בלי שותפות הישמעאלים הכל ישאו הטול ויפרעו כפי עריכת כל א' וא' מהם ע"כ

ונראה פירוש דבריו שאם המנהג באותו מקום להטיל המס זה ע"פ עריכת הממון אם לו שזה יקנה בית אחר מטילו על הצבור כפי עריכת הממון אבל אם אין המנהג כן אלא שנוהגים לפרוע סך קצוב בשם האוארי"ץ ומטילין אותו כפי הערכה'הם אלו קנו בתים ונתוסף שם האוארי"ץ למה יתחייבו האחרים בתוס' ע"כ ההגה"ה) הנלע"ד כהכהו אם יראה בעיני מורי ורבי הרב הגדול נר ישראל יוסף נ' ימים על ממלכתו ובניו על אבותיו עבד עבדיו הצעיר הייב בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

הרב אחי כר"ו כתב על זה תשובה בסימן רמ"א

סימן ק"ח

לק"ק טירייא יע"א שנת הת"ג

שאלה ראובן היה תושב טירייא יע"א ועקר דירתו והלך לאיזמיר וכשעקר דירתו עשו יחידי סגולה מהקהל יע"א חשבון מכל ההוצאות שהיו עד אותה שעה ונתפרעו ממנו הכל וברצונם עקר דירתו ועבר כמו ח"י שנה שעקר דירתו משם ועתה קמו קצת מאנשי העיר נשואים והוציאו לראובן אתה הייתה כתוב בכרא"ג המלך יר"ה ועכשיו כרא"ג מכל כשנים וגם יש לך בית דירה ובוחלים ג"כ כחרג"י וראובן טוען כשעקרתי דירתי עשו חשבון עמי על כל ההוצאות שהיו עד אותה שעה ופרעתי כמו המנהג שנוהגים קדמוניות שכל שעוקר דירתו פורע כל ההוצאות שנעשו עד אותה שעה ומשם והלאה אינו פורע כלום לכן יורינו מורינו מורה לדק הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה להיות כי אהבתכם גברה עלי ואיני בן חורין ליפטר מלהשיב תשובה מפני כבוד שמכם כדרשתי לאשר שאלתם נמלאתי להשיב בקשתם והנה ראיתי בזה פסק להחכם השלם הרב כמה"ר יוסף איסקאפה נר"ו ואחריו עליו החכם השלם הרב כמה"ר עזריה יאושע נר"ו שניהם ילאו לקראת כשק לעזר ראובן לפוטרו מתביעת הקהל מלפרוע מכסף גולגלתא דתיריא אע"פ שלא הושוו בטעמם שהרב מהר"ר עזריה פטרו מטעם המנהג והרב מהר"י איסקאפה נר"ו פטרו בין מן הדין בין מן המנהג ואני בעניי נ"ל שלא לדון בדינם וראובן חייב לשלם כסף גולגלתו בטירייא מאחר שהוא כתוב בפנקס המלך ואין ספק שהרב מהר"י איסקאפה נר"ו שפטרו גם מצד הדין נעלם מעיניו מה שכתבו גדולי האחרונים בפרט הזה ז"ל הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן שס"ג מי שנכתב בקטנותו בפנקס המלך לפרוע כרג"א דמלכא ובגדלותו הלך לעיר אחרת ונתיישב שם וכל משאו ומתנו שם שורת הדין דכסף גולגלתא יפרע במקום שהוא כתוב בפנקס המלך יר"ה ושאר מסים וארנוניות במקום שהוא דר שם וכ"כ בנימין זאב סימן שמ"ט ומשפט לדק ח"א סימן כ"ה (הגה"ה ומורי הרב ז"ל חלק ח"מ סימן כ"ח וס"ב וכן מלאתי בתשובה כ"י למהר"א אלגאזי מברוסא ע"כ ההגה"ה) וכ"כ מהרא"ך ז"ל בח"ג סימן מ"ג אלא שהוא ז"ל כתב דכל מילי מסים פורע במקום שנכתב וכ"כ מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סימן כ"ד בשם מהר"י פ'ורמון ז"ל ובספר משא מלך ח"א ש"ב מ"ג ד"ד השכים לדברי מהרא"ך ז"ל לדברי הרשד"ם דדוקא בכסף גולגלתא פורע במקום שנכתב בפנקס המלך ועם שלא חילק הרב ז"ל נראה דהחילוק נשמע מעלמו וכ"כ משפט לדק ח"א סימן (הגה"ה ומורי הרב ז"ל חלק ח"מ סי' כ"ח ע"כ הגה"ה) וזה אינו מתקבל אצלי כמ"ש בתשו' ששלחתי זה ט' שנים לה"ר חיים שאלתולו נ"ע ושם ישבתי דברי מהרא"ך ז"ל בענין אחר עיין שם הלא היא כתובה בחלק הזה סימן ק"ו

וכל מה שהרבה הרב מהר"י איסקאפה נר"ו לפטרו אף מצד הדין אינם ענין לנדון זה כלל כמו שירא' הרואה בפסקו ומה גם שראיתי פסק אחר להרב הנז' הפך זה שהיה מחייב ליוצא מן העיר לפרוע עם העיר שיצא משם אפילו שאר מסים שאינם קצובים וזה כפשט תשו' מהרא"ך ז"ל סימן הנז' ואי מן הראיות שהביא לפטור לראובן שלא יפרע כסף גולגלתו הוא בתיריא אפילו כתוב בפנקס המלך ממ"ש הרשב"א ז"ל בסימן תרס"ד דאין הדין לפרוע בשני המקומות בעיר שילא משם ובמקום שהלך לשם ואני תמיה וכי כל הרבנים הנז' למעלה נעלם מעיניהם תשובת הרשב"א ז"ל אלא שהדברים ברורים שלעולם לא יפרע בשני המקומות אלא דוקא במקום שנכתב בפנקס המלך ולא במקום שהלך שם וכמ"ש הרשד"ם ומשא מלך ואדרבא אם לוקחין ממנו במקום שהלך לשם הוא שלא כדין ואף אם עשו הסכמה אין בה ממש וכמ"ש משפט לדק ח"א סימן ס"ו ועוד הרבה ראיות על זה הרב מהר"י איסקאפה נר"ו ואינם ענין לנדון שלנו כלל

וגם על הרב מהרע"י נר"ו אני תמיה שהשכים לפטרו מטעם המנהג שזה כמה שנים לא שאלו ממנו שום דבר ולמחילה רבה איבתמיטתיה מ"ש מהר"י פ'ורמון ז"ל הובאו דבריו במהרא"ך ז"ל ח"א סימן קפ"ב דכתבו גדולי המורים דבענין מסים לא בעינן מנהג ותיקין ה"מ מנהג והסכמה שהסכימו בני המדינה ביניה' אבל פסידא לעיר א' ורוח לעיר אחרת לריך שיהי' המנהג קבוע ע"פי ותיקין ובנדון שלנו אין המנהג קבוע ע"פי ותיקין אפשר יהיה כאן מנהג ובתשובה כ"י לא' קדוש מדבר מלאתי שעם היות דבענין מסים לא בעינן מנהג ותיקין לריך שיהיה בהסכמ' שנתחברו והסכימו בו כשיהיה כן אין יכולין לשנותו אבל כשנהגו כן הלבור מאליהן בלי ההסכמה אבל בטעות אינו מנהג כלל ואם הוא שלא כדין יכולין למחות בו המקלת ע"כ ז לא ולמד בנדון זה שלא היה שם הסכמ' אלא שנהגו מאליהם יכולין למחות בו המקלת ועוד הרי כתב מהר"י קולון ז"ל בשרש מ"ד ונמשכו אחריו גדולי האחרונים דמשום פעם אחת ושתים שאירע דבר אחד ואיתרמי שיעשו כך בשביל זה לא יקרא מנהג כי אם בדבר שמעשים בכל יום ללכת אחר המנהג ובנמקי הרמ"ס מרוטנבורק ז"ל כתב שאיש שדר שנים הרבה בעיר אחד ולא שאלו ממנו הקהלות כסף יכולין אח"כ לתבוע ממנו ולא הויא מחילה ע"כ וה"ה אפילו הלך לעיר אחרת דכבר כתבתי בתשובה אחר' ששלחתי לשאלוניקי יע"א שנת הת"א והיא כתובה בחלק הזה סימן ק"ל דשתיקה ע"י מעשה כזה לא הויא מחיל' ובמרדכי כתוב דאפי' נהגו מאליהם שלא ליקח מס יכולים לומר עד כה סבלנו מכאן ואילך לא נסבול ועוד שהמנהג לריך שיהיה במעשה כל דהו כמ"ש הפוסקים ולעיקרא דדינא אין כאן מנהג ולא ריח מנהג שמה שלא שאלוהו עד עכשיו שחשבו שמן הדין לא היה חייב לפרוע ומנהג שנתפשט בטעות אין הולכין אחריו כמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"ב סי' פ' וכל זמן שיש לתלות שמתקו לסבת מה לא הויא מחילה כמ"ש מהר"ר בצלאל ז"ל סימן ל"ט ומהר"ס מטראני ז"ל בח"א סימן קפ"א שיש מנהג בקהלות כשעוקרים דירתם מן העיר אין פורעין עוד כרג"א ככר כתב הוא ז"ל שם שאינו מנהג פשוט ואפילו לפי אותו המנהג יהיה על התנאים שנתבארו למעלה

ומעיד אני עלי ששמעתי שהרב הכולל כמהר"ר י"ש בן יעי"ש נר"ו היה כתוב בברוסא בפנקס המלך בכרג"א הוא ואחיו וכל בית אביו והיו פורעין בברוסא עד שפזרו ממון להוציא עלמם מפנקס שהיו כתובי' בברוס' דהא ודאי כל שהוסר מאותו הפנקס שוב אין חיוב לפרוע באותה העיר כדמוכח מדברי מהר"ס מטראני ז"ל בסימן הנז' וכ"כ מהרא"ך ומשא מלך במקום הנז' דאם הלך להוציא עלמו מן הפנקס והקהל שיחו בידו ולא הניחוהו שאינו חייב ליתא

ליתא בפול׳ המזיק שיבא עליהם מהיום והלאה (הגה"ה כתב מורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סי' כ"ח דלאו דוקא הלך אלא אפילו לא הלך ולא שהגיע הזמן של היכי אפשא להסיר הראשונים ולהשים אחרים תחתיהם אפילו שלא התליפו כבר נפטר מחיובו ועיין גם בסימן ס"ב ואין נראה כן מדברי משפט צדק ח"א סימן ס"ו ע"כ ההגה"ה) באופן שלא מצאתי מקום פטור לא"ש הזה לא מחמת הדין ולא מחמת המנהג. וזולת שאם בעיר תיריא שיבא משם בשו אנשים ממקום אחר לדור שם או קטנים שגדלו ובא הזמן להחליף ויכולים להשלים הפנקס עמהם שאין על היוצא שום חיוב ואפילו בכשף נולגלתא ואפילו כתובים בפנקס ההלך שהסבר׳ נותנת שכל שיש בעיר ראויים להשלים המנין פקע שעבודיה דרא בן מעיר תיריא (הגה"ה וכ"כ בתשובה למורי הרב ז"ל בסימן כ"ח מחלק ח"מ בפירוש עד כאן ההגה"ה)

ועל מה ששאלתם שרוצים הקהל לחייב את ראובן שיפרע כאנ"ם מכני שיש לו בתים תשובת שאלה זו היא מובאת מכלל תשובה הראשונה דהם מס העואר"ך גובין אותו אקרקפתא דגברי כמו שנוהגין בהרבה מקומות כל שלא נעשה ריפעיר להוציאן ולכתוב אחרים תחתיהם חייב לפרוע עם בני העיר שיבא משם (הגה"ה וכן מצאתי למורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן ס"ב ושמעתי שראובן הנז׳ בשאלה בשמעו שהיה כני מועדות ללכת בקרב מגיבם נתפשר עמכם הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים לכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן ק"ט

אזמיר לגביר כה"ר חיים פיניא יצ"ו שנת התי"ז

שאלה ראובן קנה בתים משמעון ועשה שטר הטבה למוכר שאחר שש שנים כל זמן שיחזיר לו דמי המקח שיחזיר לו הקרקע כנהוג ועשו עריכה בעיר והסכמת העיר שיעריכו הקרקעות בחצי שווייס וכשעשו עריכה אחר המכירה שמו המעריכים הבתים הנז׳ בחצי שווייס על ראובן הקונה בעלת ממונה הזמן אחר ג׳ שנים שבאו לעשות עריכה חדשה שמו המעריכים הבתים הנז׳ על ראו׳ בכל דמי המקח לא בחצי שיווי המולקי באמרם מולקי לחוד והטב׳ לחוד מי יאמר שהוא בכלל ההסכמה שלא אזרה הסכמת העיר רק על קרקע המוחלט לאדם עצמו אך קרקע שנעשה עליו הטבה למוכר אפשר שאינו בכלל ההסכמה וראובן טוען דמה להם ולהטבה אם הקרקע קנוי לו הרי הוא שלו ובכלל הסכמת התחלית הוא ואם אינו קנוי לו היכי מצי אכיל פירות הא ה"ל הפירות רבית שנית דאורבה שגרע מקרקע שאין לו הטבה ולוקח הוא בחכר וביתר שאם יוקרו הבתים יגאלנה מידו המוכר בסוף הזמן ואם יוזלו ישאר במקחו מש"כ במולקי הקנוי לו בלא הטבה שהוא מעותד ליוקרא וזולא וזולת זה מכיון דהמוכר הזה אם היה מכורעי המס היה משלם עבור המעו׳ שלקח בדמי המכר והרי הלוקח הוא משלם חצי שיווי המולקי כפי ההסכמה כבר היו גובין בני העיר כל זכותם ממעות מולקי זה ואף שבני העיר פטרו למוכר מן המס ומקדמת דנא והן עוד היום אינו משלם לא על מולקי זה ולא על שאר מולקי שיש לו לא מכני זה שהמוכר אינו משלם הורע כחו של ראובן לשלם תחתיו על הכל יבא דבר האדון ושברו מאת ה׳ מן השמים יהיה שבעתים ואמן כן יהי רצון

תשובה מתחלה נראה שהעריכה היא משלשה שנים לשלשה שנים וכפי שנראה שתכף המכירה נעשה העריכה הראשונה ושמו הבתים בעריכה ראשונה בחצי שווייס וא"כ בעריכה שניה מה ראו על ככה ומה הגיע עליהם להעריכו בכל דמי המקח כיון דבאותה עריכה אין לראובן לפרוע מעותיו לעדיין. גם אחרו נ"ש מההטבה כנז׳ בשאלה ובהא ודאי פשיטא דאין לשום הבתים אלא בחצי שווים כהסכמת העי׳ וכשאר בתים שלו שהם מולקי כי תיבעי ליה אם כשלמת השש שנים של ההטבה נעשתה העריכה וזמן מה קודם כלות שני ההטבה אם יש לזמן ככל דמי המקח כיון שנופל מעותיו אם ירצה המוכר להחזירם ולע"ד נראה שאף כזה לית דין ולית דיין שיאמר שיגמו הבתים ככל דמי המקח כי אף כי נדון זה לא מצאתי זכרונו בדברי הפוסקים אחרונים וקדמונים הדברים ברורים שמרוב פשיטותו לא הוצרכו לבארו דמילתא דפשיטא היא בעיני כל הכם לב דלא עדיף משכנתא מהמולקי שאינו פורע אלא חצי שוויו וע"כ צריכין אנו לומר שהקרקע קנוי לו קניה גמורה. דאל"ה היכי אכיל פירי וכמו שבא בשאלה ועוד דבשנין המכירה לא נחלק אדם מעולם שהיא מכירה גמורה והלומה אלא אם שטר ההטבה היא כדין או אינה כדין הכנס רבית וא"כ ממה נפשך בנדון שלפנינו לא עדיף ממולקי דבין הכי ובין הכי מכירה גמורה היא ולא עדיף ממולקי ואינו פורע אלא חצי שוויו

ואעפ"י שהרב מהר"י ווייל ז"ל בתשובה סי' פ"ד כתב הבתים העומדות ליהכר הוי כמו פרקמטייא ויאמר אומר דה"ה בנדון שלפנינו כיון דהבתים הללו עומדות ליגאל הוי כמו פרקמטייא הא לאו מילתא היא מכמה טעמי ח"א דבאותו נדון חלק עליו מהר"ם מרוזבורק ז"ל ושובר דהתשובה לא הוי כמעשה ואע"פי שמדברי בעל משא מלך כח"נ ש"ב מ"א מוכח דלא פליגי מהר"ם מרוזבורק ומהר"י ווייל ז"ל דמהר"ם ז"ל מיירי בפקדונ׳ ובספרים ומהר"י ווייל ז"ל בבתי׳ ומודה מהר"ם למהר"י ווייל ז"ל דבתים העומדות לימכר כמכורים דמי ופורע מס עמהם וה"ה בנ"ד דבתים העומדות ליגאל כגאולות דמי הפמ"ע בתי׳ ק"נ הביא משם דרכי משה שמהר"ם ומהר"י ווייל ז"ל פליגי אף בבתים ועוד דאפי׳ לדברי מהר"י ווייל ז"ל שניא נידון דידן מנדון שלו דכתן שלו המכירה תלויה ברצונו שאם ירצה למכרם היום או למחר מכרם אבל בנדון שלנו שאמו זמן קבוע לשטר ההטבה ונמלא שעד סוף שתנו אין הבית הזה עשויה ליגאל ועוד שאני התם דביד הנער׳ למכר אם ירצה אבל הטבה זו אינה ביד הקונה אלא ביד המוכר אם ירצה לחזור ולקנות קרקעו אחר הזמן המוגבל פיהן אבל אם המוכר אינו רוצה לקנות קרקעו קם הבית לקונה ואינו יכול לכוף למוכר שיפדה קרקעו ונמלא שלגבי הקונה מכירה חלוטה היא וכיון שכן פשיטא שאין חילוק בין בתים הללו לבתים מולקי ועוד כל עיקר של מהר"י ווייל ז"ל ליתן לבתים דין פרקמטייא הכני שעומדות לימכר היינו אלא לפרוע חצי שוויס וכמו שמוכיח מהסמ"ע שעל מה שכתב הרב בעל המפה ז"ל או שעוסק בפרקמטייא בקרקעות צריך ליתן מס מהם לא כ"כ כמו משאר. מתון הביא דברי מהר"ם מרוזבורק ומהר"י ווייל ז"ל

וכר מן דין בשאלה כתוב שבעריכה הקודמת שמו המעריכים הבתים האלה לראובן בחצי שווייס בעלת ממוני הזמן ומסתמא שאלו את פי הרב המרביץ תורה והורה להם כן וא"כ מה היום מיומים ואכי׳ תימא

דלא עשו כן על פי תורה לא נכחד מעיני כל
חכם לב מ״ש הפוסקים דכמשים כל שאינו סותר דין
הו״ה אין צריך שיהיה מנהג ותיקין והדברים מראים
שהתעריכים טיכא היתה בלבם עם ראובן הקונה ולהתנקם
ממנו רוצים לשום הבתים ככל דמי המקח ולא לב״ש נתכוונו
וכבר בא הדבר מבואר בדברי הפוסקים פה אחד שאפילו
היתה בחרם כל שניכר שהיא לקנתר ולנקום מיחיד אחד
אין בהסכמ׳ ההיא כלום ועוד כיון דלא מכינו דין זה מבו׳
בדברי הפוסקים שיפרע כל דמי המקח הלא מספק באים
על רא בן שמא הלין כן מאן ספין ומאן רקיע להוציא מיד
ראובן מאחר שיכול לומר אין הדין כן ואין כח בידם ליקח
מידי דאע״ג דלענין מסים הרבים מוחזקים כדאי׳ במרדכי
פרק לא יחפור היינו דוקא כשבאים הקהל על היחיד
בטענה ודאית או מטעם פלוגתא דהוי בפלוגתא ודאית
אבל כשבאים על היחיד בטענת ספק שמא הלין כן היחיד
הוא המוחזק ואין כח להוציא מידו וכמו שהעלה בספר
משא מלך בח״ו ועוד שאפילו היכא שהקהל באים בטענה
ודאית או בפלוגתא דרבוותא כזמננו זה שאין הקהלות
מחלקין בין המסים שהם למלך לשאר מסים אין שום מקום
לעשות הרבים מוחזקים וכמו שאמר בספר משא מלך בח״ו
מדברי מהריב״ל ז״ל בס״ג סימן ק״ח ואע״פ שיש חולקים
עליו הוא עמוד ברזל להשען עליו המוחזק (הגה״ה גם
מהר״ס לי בוטון ז״ל בתשובותיו סימן ל״ב העלה כן ע״כ
הגה״ה)

וכבר בא מעשה לידינו פעמים רבות כזה ודננו כן וזה
כי״ו שנה כפל מחלוק׳ גדולה בין העיר שאלוניקי
וקושטה על האנשים שיצאו משאלוניקי ונתיישבו בקושט׳
והרב הגדול מהרח״ש כתב לחייבם לפרוע בשאלוניקי במס
הבגדים ואני כתבתי קונטרים ארוך לפטרם ויסוד הקונט׳
נבנה על סברא זאת והסכימו עמי רבני קושט׳ הנמצאי׳
בעת ובעונה ההיא וקצת מחכמי שאלוניקי יע״א וכך נעשה
מעשה ואפילו תימא דכיון דאיכא פלוגתא מי הוא המוחזק
אין לומר קים לי כיון דבהא פליגי כמ״ש מהריב״ל ז״ל
והסכימו כן כל גדולי האחרונים הבאים אחריו וכתב
מהרש״ח ז״ל בתשובה סימן ל״ז דבהא אית לן למיזל אחר
הרוב דזה ספק שקול הוא וחזר הדין שלא להוציא מראובן
המוחזק ועוד דלית לן למיזל אחר הרוב אלא בקרקע אבל
במטלטלין אין להוציא מיד המוחזק כדמוכח מתהריב״ל ז״ל
ס״ב סי׳ ג״ה ומהרש״ך ה״א סי׳ ק״ז

ולענין הממון שנכנס ביד הפטור הא ודאי פשיטא
שאע״פ שנכנס ביד מי שפטור מן המס שאין
ראובן חייב לשלם דחיוב המס מלבד מס לקרקפתא לגברי
על הממון רמיא ובכל מקום שהממון שם החיוב שם וכיון
למעות אלו עכשיו ביד המוכר ולא ביד ראובן אין חייב
לשלם מס וזה פשוט

כללא דמילתא כפם היפה בדרכי ההוראה ועין כל הישר
הולך עיניו יחזו שאין להעלות על לב שיהיה נדון
שלפנינו עדיף ממולקי לחייב לפרוע בכל דמי המקח הן
מצד הדין הן מצד המנהג (שוב ראיתי בפנקס הסכמות
העיר בתיקונים שעשו שנת ויתא ראשי עם כתוב עוד
הסכמנו שהקונה קרקע ועשה שטר הטבה לחזור למכרו
לו כפי תנאיהם אבל זמן שהמקח קיים בידו יפרע בעד
אותו קרקע חצי הערך בכל הקרקעות ושיחזור למכרו לו
בתנאי ההטבה יפרע בעד המעו׳ ההם תשלום ע״כ ואיני יודע
אם ההסכמה הואת היתה קודם המעשה הזה קוד׳ שפסקתי
כן או התקינו כן אחר שפסקתי כן ובין הכי ובין הכי הדין
פשוט כמ״ש וראיתי לדון בלשונהסכמ׳ זו שאיי׳ ושיחזו׳ למכרו
לו כתנאי ההטבה יפרע בעד המעות ההם תשלום ע״כ והא
ודאי פשיטא ולא היה הדבר צריך לא גזרו אחר על כן הוי
אומר שכוונת המתקנים בזה שהם ברוך זכי נעריכה שנדר
העריכוהו בחצי השווי חזר למכרו לו כתנאי ההטבה יפרע
בעד המעות ההם תשלום ולא נאמר כיון דבשעת העריכה
לא הוה פדוי אע״פ שאח״כ נפדה הל כתי שהעריכו ו בסך
כך ותעשיר העריכה אינו פורע אלא כפי מה שהעריכוהו
בשעת העריכה דאלו נים ע״כ הגה״ה) והשוב שלא
ימצא איש בריא הדעת יחלוק על זה והבא לחייב שיפרע
בכל דמי המקח ידו על התחתונה הנלע״ד כתבתי הצעיר
חיים בכמה״ר ישראל בנבנשת זלה״ה

סימן קי׳

איומיר שנת התכ״ח להח״ר משה הכהן ש״ב ק״ק נוה שלום

שאלה שמעון ולוי שהיו דרים בעיר אחת אחים
ושותפין זמן מה אחר זמן עקר שמעון
דירתו מאותה העיר והלך לעיר אחרת ונשאר בשותפות
עם אחיו לוי בזה האופן שלוי היה שולח המעות ליד שמעון
להלבישם באיזו סחורה ושמעון היה מקבל הסחו׳ ומלבישם
ושולח הסחורות ביד לוי למכרם וזה דרכם כל הימים עתה
קמו אנשי אותה העיר שלוי דר בה ורצו לגבות ממנו מס
מחלק שמעון באמרם שמעות שמעון מרויחים בעירם ולוי
טוען שכבר שמעון אחיו פורע המס בעירו בשביל כעותיו
כפי מה שהעריכוהו בעירו ועוד ששמעון אחיו היה רוצה
ליפרד ממנו ובשביל שיהנה לוי אחיו מתהנה שותפות עמו
יורינו מורינו אם יכולים אנשי עיר לוי לכופו שיפרע מס
בעד שמעון אחיו או לא ושכרו כפול מן השמים •

תשובה אם יש מנהג באותה העיר לפרוע בעד
נכסי אחרים שבידיהם שמעיר אחרת
הולכים אחר המנהג דעיקר דיני המסים תלויים במנהג
וכמו שנלמד מפרק הגוזל בתרא מההיא דשיירא שהייתה
הולכת במדבר וכמ״ש הפוסקים אחרונים וקדמונים אמנם
אם אין מנהג פשוט על זה שורת הדין נותן שאינו חייב
לפרוע וכבר נשאלו על נדון כיוצא בזה שאלת האחי׳ הרא״ח
ז״ל בתשובותיו ח״א סי׳ ל״ט ומהרש״ך ח״ב סי׳ כ״ה ומהר״א
ששון ז״ל סי׳ פ״ט על עיר אחת שקמו על הפאטורים שיפרעו
על כל משא כך מעות כדי לסייע בפרעונ׳ העיר והפאטורים
משיבים שאין להם רשות לחייב ממון אחרים ולא לפי׳ אפוטרים
לפרוע מכיסם לפי שהם כפועלי׳ ובאו תשובת הרבני׳ לפטרם
שלא יפרעו לא מהנכסים הנשלחים להם בעד הבעלים ולא
הפ׳אטורים מכיסיהם הן מטעם מנהג הן מטעם הדין ונתנו
טעם שלא יפרעו בעלי הסחורות בטענה דא״כ לקתה מדת
הדין שיפרע ממון אחד בשני מקומות וכו׳ שלא ימשך נזק
לפ׳אטורים שימנעו הבעלים משלוח נכסיהם ואיכא פסידא
לפ׳אטורים

ולכאורה איכא למידק מהרשד״ם ז״ל בחלק ח״מ סי׳ ת׳
שחולק על זה שכל תשובת הרשב״א ז״ל ח״א
סי׳ תרס״ד שנשאל אם יכולין בני העיר לשעבד איש או אשה
מעיר אחרת בנכסיו ואחרים שיפרעו במס והשיב שורת הדין
אינן יכולין לשעבד כו׳ ולבסוף כתב מ״מ השדר הוא שיתרו
בו שלא יתעסק בגבולם או יפרע כמותם כו׳ כתב הרשד״ם
סי׳ הנז׳ שהרשב״א מיירי במי שלא נשתקע בעיר י״ב חדש
ולבנשתקע בעיר י״ב חדש חייב לפרוע וזה לכאורה הכך ממה
שהסכימו הרבנים הנז׳ ולאו מילתא היא דהרשד״ם ז״ל מדבר
בחיוב

שחוב נושו שהוא מתאחר בעיר שבא לשם ושהה בה. ובפ"ח אבל הרבנים הנז' לא פטרו אלא על חיוב התמין עליו דאם כן לקתה מדת הדין לפרוע בשני המקומות וז"ל הרשב"א ז"ל מעולם לא שמענו שיפרעו בעד ממון אחד בשני המקומות ואע"פ שבכל זקני הרמ"ס ז"ל נשאל כזאת מנהג זה פשוט בכל מקום שלא לפרוע ממון אחד בשני מקומות וכבר פשט מנהג זה בכל מקום שלא לפרוע מהנכסים הנגלים במקו' שנגלו שם אלא במקום שנשתלחו משם ע"כ דון מינה בנ"ד שיקון לוי בכל טענותיו אם מה שטען שכבר שמעון אחיו פורע התם בעירו בשביל מעותיו כפי מה שהעריכוהו בעירו טובא דינא קמאר דלקתה מדת הדין שיהיה אדם פורע בשני המקומות ואם מה שטען שבשביל הנאתו שולח לו שמעון אחיו כספים והוי דומיא דמאי דכתבו הרבנים הנז' שאין לבעלי הסחורות לפרוע בשביל סחורותיהם שיש בהן נזק ופסידא. לפי אזוריך ואע"פ שדברי הרבנים הנז' הוגם הלא כפי אזוריך לא שייכי בתוך הטענות שנוהגין לפטור לפי אשר יראה שהדין כן גם בשותפות ובכי הוא מלאתי גם' מבשט כדק ה"ה סי' ת"ו כנז' על כיון כזה מהם והשיב לפטור בכפי השותף שלפרוע מה בעיר שנשתלחו שם. כיון שפורע בעירו מאה מלך ושרים ונשתייע מהמו' הרשב"א ז"ל שהזכרתי לעיל ויש לתמוה למה לא זכר למהרי"ק ז"ל כלל השאלה שלוי פטור מלשלם בעד הממון. ואין הנלע"ד כתבתי

הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת ז"ל

סימן קי"א

לאי רודס שנת הת"ח להחכם השלם כמה"ר משה די בולאטדו נר"ו

שאלה ראובן שהיה לו חצר אחד ובתוך החצר יש לו בתים עליות ותחתיות והעליות השכיר אותם לשמעון וא' מן התחתיות השכיר אותם ללוי כדי לשים בתוכו כל כך גפרית ובתוך זמן שכירות שניהם אירע מקרה בלתי טהור שנפל נוי א' כבור מים אשר בבית השני מהתחתיו' שהיא אשלהבית אשר היא מושכרת ביד לוי ויודע הדבר לשר העיר ותבע סך ממון בעד הנפש הנוי שנפל כמו עתה יורינו מורינו מורה צדק מי מהשלשתם חייב מן הדין לפרוע השר הנזכר משר העיר אם המשכיר בעל הבתים או איזה מהשוכרים ילמדנו רבינו הדרך ישכון אור ושכמ"ה

תשובה אם ראובן המשכיר לא היה דר בחצר שלו כי אם בחצר אחרת בפשיטא שאין לו חיוב של כלום כמ"ש מורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סי' פ"ג דמוכר בית מושכירו כיון שדרך האומות לתבוע משוכרים ואין המשכיר כלום ע"כ ותינח שאם דרך האומות להכנס מן הבית הסמוכה שקרה המקרה ולא מהבית שעל גביו שחייב לוי לשלם הסך הנז' ושמעון פטור ואם מנהג לתבוע מבית שעל גביו ולא מהבית הסמוכה יפרע שמעון הכל לפי שבור מכלום ואם מנהגם לתבוע שניהם יפרעו בין שניהם ואם המשכיר היה דר בתוך החצר אם מנהג האומות לתבוע מהדרים בחצר ומן המנהג שלהם היה לתבוע נ"כ המשכיר לא מפני שהוא משכיר אלא מפני שהיה דר שם יפרעו בין שלשתן הנלע"ד כתבתי

הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת ז"ל

סימן קי"ב

קושט' שנת הת"ך להחכם השלם שבחיי כמה"ר משה בנבנשת נר"ו

שאלה ראובן שמעון ולוי אחים ירשו בית מאביהם אולד"י ואקוף וזה צורת הבית ותבניתה דירה אחת גדולה עליונה ושתי דירות קטנות תחת הדירה העליונה ואחר עבור ימים לא עבור מתו ראובן ולוי והניחו יתומים לבניהם אחריהם ולעת כזאת יורשי ראובן הן רבים עתה י"א נפשות בדירה העליונה לסבה שהדירות התחתונות לא יכלו לשבת אותם והיום הזה קמו יורשי לוי וטוענים שרוצים לחלוק הבית לג' נים ולהשליך גורל א' ביניהם מי יעלה בתחלה לדירה העליונה ויורשי ראובן גם שמעון דוחים טוענים שהבית הזה או לדי ואקוף ואין לזרים רשות בה ואם ירצו יורשי לוי יבואו וידורו עמהם בשלש הבית המגיע

להם יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה דרך קצרה אני בא להשיב שואלי דבריו כן יהיו דברי בנעים כפי מה שהעלה שלותי היום ללקוט משבלי הפוסקים אם מעט ואם הרבה ולא אוכל עלתי ליקח וליתן בדבריהם א"א כמעתיק דבריהם בקיצור האפשרי שהשעה דחוקה לכך הלא כה דברי תחלת דברי. פי יורשי לוי לחלוק הבית לשנים הטיבו אשר דברו שבכל דבר שיש בו היזק ראיה ואין בו דין חלוקה אם הוא דבר העשוי לשכר שוכרין אותו וחולקין שכרו בשוה ואם אין עשוי לשכר חולקין אותו לשנים כמו שלמדנו התלמוד ובית ודרך תשובות הרמב"ם ז"ל בכ"א מה"ש וכתב ה"ה ז"ל שזה דעת רבו ז"ל ושכן כתב הרשב"א ז"ל בתשובה גם הריב"ש ז"ל בתשובה סימן רכ"ו כתב שכן הסכמת ר"ת וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשובה הובאה בספר הטורים ח"מ סי' קע"א וכבר כתב הריב"ש ז"ל בתשובה הנז' שרוב הבתים אין להם דין חלוקה שאין הבתים שוין שיש בהם בתים וחדרים ועליות והולך ובית כבשלים וכיוצא באלו כמו שהאריך הרב ז"ל בתשובתו הרמתה וכ"כ רי"ו ז"ל נכ"ו ח"ג בשם הרשב"א ז"ל וכ"כ הרב המתקי בשם הרא"ה ז"ל ואף למ"ש והר"ס מטראני ז"ל בח"א סי' רע"ב שלא אמרו הרשב"א והריב"ש ז"ל שהבתים אין בהם דין חלוקה אלא דוקא כשאין תשמיש הבית שוה כשיחלק או אפילו בית כנגד בית שאין תשמישם שוה (הגה"ה וכן כתב מהר"ם די בוטון ז"ל בתשובותיו סי' ע"ד דאפילו לדעת הריב"ש ז"ל אם יש בבתים שוים יש בהם דין חלוקה בית כנגד בית ע"כ ההגה"ה) בנדון שלפנינו א"א היות המשמישן שוה וכבר כתב מהר"ם מטראני ז"ל בסי' הנז' שאם הבתים חלוקים בתכונתן ותשמישן צריך ליטול שם אותו שם ואותו תשמיש אחר חלוק' ואם לאו לא יהיה בהם דין חלוק' והריב"ש ז"ל בסי' הנז' כתב דאין חולקין בית נגד עליה או חדר שאין תשמישן שוה לו וכ"ש במקום שיצטרך לסתור כתלות ג"כ נפתחי' ולחזור ולבנות שיצטרך להוציא הוצאות שאין חולקין בית א' ואע"פ שבספר הזכה בתשובות הרא"ש ז"ל כתב' כלל כ"ח סי' נ' הובאה בספר הטורים ח"מ סי' קע"א סע' ח נראה דחולקין בית כנגד חדר או עליה גם לענין הוצאה הבנין אם נראה לב"ד שאינו הזק להם כ"כ חולקין השמ"ע כתב דאין הדברים כן יע"ש ונראה מזו כתב הרב ה"ה ז"ל הובא בספר הטורים סי' הנז' שאם באים לחלוק בית או חצר אע"פ שיש בו דין חלוקה אם אין בו כדי שיגיע לכל א' ד"א ובבני עלתו פו' אין בו דין חלוקה והרב המתקי בשם הרא"ה ז"ל כתב חקוש גדול יותר מזה שצריך להשתמש בחלקו בכל מה שהי' משתמש בכולו כשהיה הוא וכ"כ [illegible] לו גם כן עתה בחלקו אם על פי שיש לו כיוצא בזה במקום אחר או שיוכל לעשות כבאן אין זה מפני כי הכא בכאן ראוי הנה להשתמש בלי הוצאת ממון ע"כ

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת בנ"ד שהבית הוא גדול יהיה אין בה דין חלוקה הדין עם יורשי לוי לחלק הבית מנה מנה כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הביא[illegible] ה"ה

ה"ה ז"ל בפרק הכו' ול"מ בכ"הג אנא אפילו ירצו יורשי ראובן לעשות ההוצאה תכישם ומממונם ויורשי לוי לא יהיה להם הנאה של כלום אין בכך כלום שיכו' יורשי לוי לומר אי במהגה לא ניחא לן דכתיב שונא מתנות יחיה כרשב"ג דאמר הכי בפ"ק דבתרא גבי טול אתה שיעור ואני פחות ופסקו הרי"ף והרמב"ם ז"ל כותיה ואע"פי שר"ח והרא"ש ז"ל וסיעתם חולקים ופוסקים כת"ק מי יכוף ליורשי לוי לקבל זה כיון דאיכא פלוגתא אעג"ב דבזה לא שייך המוחזק דאפי' במטלטלין אין ליורש א' חזקה נגד היורשים האחרים אעפ"י שהוא מוחזק וכמ"ש רבינו ירוחם ז"ל בנכ"ו ח"ב כל מקום ספק ירושה אפי' אחד מהיורשים מוחזק אין מועיל לו חזקה שכאמר בא' המע"ה כיון שהנכסים הם בחזקת המת ע"כ (הגה"ה אחר זמן רב מצאתי למהר"י הלוי ז"ל בתשובותיו סי' ס"ט כתב דהיורש הוא המוחזק לגבי יורשים האחרים ולמד דבר זה מהא דתנא בפרק י"כ נכסי לך והאריך לפי' וראובן ראוי ליורשו אין לבני במקום ראובן כלום שאין זה אלא ירושה וירושה אין לה הפסק וכתבו המפרשים דמיירי אפי' כשהשני ראוי ליורשו וכי היכי דהתם אמרו המפרשים שאעפ"י שהשני ראוי ליורשו הראשון נקרא בעל הנכסים ה"כ כשיש ספק בין שני יורשים אית לן למימר דראשון נקרא מוחזק בספקא דדינא

ופליאה דעת ממני דמה ענין זה אבל זה דבברייתא דפרק יש נוחלין ליכא ספיקא אלא שהאב רוצה להוריש לזה ולא לזה ולזה נתנו טעם המפרשים דכיון דהאב גלי דעתיה שרוצה להוריש נכסיו לזה האיש בלבד נמצא שזה האיש הוא היורש האמתי של תורה שהאב יש לו רשות מן התורה לעשות יורש למי שירצה מבניו אליבא דר"י בן ברוקא ז"ל כוותיה וכיון שעשאו יורש אע"פ שאמר ואחריך לפלוני ירושה אין לה הפסק אבל בספקא דדינא דלמר זכה היורש הא' ולמר זכה היורש השני מנין לנו שזה יקרא מוחזק יותר מזה כיון ששניהם הם יורשים ויש לנו ספק אם הוריש לזה או לזה

ולכן נראה דאפילו בספקא דדינא או דמציאות בשני יורשים הם שוים ואין לזה עדיפו' יותר מזה ליקרא מוחזק וכיון שכן הוא נכון הר"י הלוי ז"ל בסימן הנז' הדין כמ"ש החכם השלם הפוסק הראשון וכמ"ש בס' כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן רמ"ח בהגהת ב"י אות ל"ח וכ"כ במודפס סימן כ"ה בהגהת ב"י בכללי הקים לי אות כ"א ע"כ ההגה"ה) כ"ש בקרקע דלא שייך ביה תפיסה • איברא שהיה מקום לומר דכיון דאין כאן מוחזק הדר בתוך בתוך הבית הוא קודם ובנכ"ד שיורשי ראובן דרים בתוך הבית אפשר שאין יורשי לוי יכולין להוציאם אלא שאין אנו צריכין להכנס במבוכה זו שיורשי ראובן אינם מתרצים לעשות ההוצאה מממונם

והגב ארחין אמינא שראיתי במרדכי פ' המוכר פירות הביאו הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קע"א בסוף ס' י"א כתב אם יש לאחד חלק בחצר או בבית פחות מכדי חלוקה שומעין לו אחרי דלחבירו יש כדי חלוקה דכל הא' אי איפשי בתקנת חכמים כגון זו אין שומעין לו ע"כ אבל בתשובות דשייכי לספר קנין סי' ת' כתוב בשם מהר"ם ז"ל שאלת אם ראובן יש לו הל' יכול להוסיף דיורין בכל חדר כדבעיתו כו' אפילו אם אין לראובן כדי חלוקה מ"מ ראוי הוא קנת לתשמיש אם ירצה לחלוק ועוד יעקב מני לחלוק ולומר אליגה כא טמך מחלקי עד שיבא כדי חלוקה והאחר ישאר בלבד כמ"ש כבר בתשובה אחרת שכל שה"ג יכול מאן דאית ליה כדי חלוקה לכוף את מי

שאין לו כדי חלוקה ויהא לזה כדי דירה ולזה כדי דירה ע"כ

ולכאורה נראה מתוך תשובה זו דדוקא מאן דאית ליה יותר מכדי חלוקה יכול לומר למי שאין בו דין חלוקה שיותר לו מחלקו ויהיה כדי חלוקה לזה וכדי חלוקה לזה אבל כשאין בו כדי חלוקה לזה אע"פ שלאחד יש בו דין חלוקה אין האחר שאין בו דין חלוקה יכול לכוף למי שיש לו כדי חלוקה לחלוק וליתא דבתשובה זו של המרדכי ז"ל דפרק המוכר פירות אותו שאין לו כדי לחלוק מתרצה לחלוק ואומר א"א בתקנה זו ולכן שומעין לו כיון דלאחר מטע דין חלוקה כדינו אבל בתשובות דשייכי אותו שאין לו כדי חלוקה אינו רוצה לחלוק שאין לו דין חלוקה ולכן כדי שיוכל לכופו לחלוק צריך שיגיעהו שיעור חלוקה

אבל הא מספקא לי אם אותו שיש לו כדי חלוקה רוצה לחלוק וכדי שיגיע לחבירו שאין בו דין חלוקה שיעור ד"א ויוכל לכפותו על כך מוחל לחברו מחלקו עד שיעור שיהיה לו כדי חלוקה ומה שנשאר אין בו דין חלוקה אם יכול לכופו לחלוק ומצד הסברא נראה דיכול לכפותו דכיון שהוא מתרצה לחלוק אע"פ שלא ישאר לו כדי חלוקה מי יעכב על ידו

ולפי זה יש לתמוה על המרדכי למה נקט דינו כשאותו שאין בו דין חלוקה רוצה לחלוק ולא נקט דינו בשאותו שיש בו כדי שיעור חלוקה רוצה לחלוק ומשליש לחבירו מחלקו על כדי חלוקה ולו לא נשאר שיעור חלוקה ועוד דלפי זה היה יכול להשמיענו דינו אפילו כששניהם אין להם כדי חלוקה ורוצה האחד להשלים מחלקו על חבירו עד כדי חלוקה ולו ישאר המותר אע"פ שאין לו חלוק וכדעת ר"ח והרא"ש ז"ל ואומר אני דס"ל למרדכי כדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דאם לכל אחד אין בו דין חלוק' אין שום אחד מהם יכול לומר תא ניפלוג וטול אתה שיעור חלוקה ואני השאר דשיעור שיערו חכמים דאין חולקין עד שיהא כדי חלוקה לזה וכדי חלוקה לזה וכל שאין שיעור חלוקה לשניהם אין כופין זה את זה לחלוק אפילו כשיאמר לו טול אתה שיעור ואני השאר דמצי חבריה למימר עד כאן הויא שוה בשוה אני רוצה שיהיה לי עדיפות עלך בחלוקה זו אבל אם מעיקרא לא היה לזה כדי חלוקה יכול לכוף לחבירו שיש לו שיעור חלוקה לחלוק דאין כאן שינוי בחלוקה דכל חד כדוכתיה קאי אלא שאומר זה שאין לו שיעור חלוקה כלום תקנו חכמים שלא לחלוק אלא בשבילי הי איפשי בתקנה זו וכן כשאין לא' מהם שיעור חלוקה ולא' קרקע הרבה שיכול להשלים לחבירו עד כדי חלוקה ולו ישאר ג"כ כדי חלוקה יכול לכוף לחבירו לחלוק כיון דאין עדיפות זה על זה בחלוקה זו שלכולם נשאר כדי חלוקה

ונ"ל שבזה אתי שפיר מאי דתנן בנדרים פרק המודר שותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס לחצר ראב"י אומר מותר ואמרינן בגמר' מחלוקת כשאין בה דין חלוקה הא יש בה דין חלוקה ד"ה אסור וכירש הר"ן ז"ל דבאין בה דין חלוקה ראב"י סבר כיון דה"א לא' מן השותפין לעכב את חבירו מלהשתמש בו לעולם ולא לכופו לחלוק מתחלה ע"מ כן קנאוה שהאי גופה קנוי' ולו לגמרי לכל א' לתשמישו בשעת תשמישו ובשמשתמש בו אמרינן הוברר הדבר למפרע שמתחלה היתה קנויה לו לשעה זו אבל יש בה דין חלוקה הכל אסור משום דכיון דחצר זה לחלוקה עומד א"א לומר שמתחלה קנאוה כל אחד לתשמישו דשמא האחד יכוף את חבירו ע"כ ואם איתא דאם כשאין לשניהם

שיעור

שיעור דין חלוקה יכול אחד לומר לחבירו טול אתה כשיעור דין חלוקה ואני השאר אפילו דאין בו דין חלוקה יהא אסור ליכנס גם מפני שיכול לכופו לחלוק כשיש לו שיעור חלוקה אלא ודאי כשאין להם דין חלוקה. לא לזה ולא לזה אינו יכול לכופו ולומר טול אתה כשיעור ואני השאר וכי קא מחלקינן בגמרא בין שיש בו דין חלוקה לאין בו דין חלוקה היינו שאין דין חלוקה לשניהם אבל כשיש לאחד דין חלוקה ולשני אין דין חלוקה ורוצה לחלוק או שיש לו דין חלוקה או שיש לזה שיעור כדי חלוקה ולזה אין שיעור כדי חלוקה ורוצה לחלוק אתו שיש לו דין חלוקה ולתת לחבירו על שיעור כדי חלוקה ונשאר לו ג"כ דין חלוקה כיון דבהני הוי דינא שוה לענין כפיה לחלוק כמו היכא דלשניהם יש דין חלוקה ה"ה לענין מודר דינא שוה לדין היכא שיש דין חלוקה לזה ולזה

ולפי זה יש לתמוה על ר"ח והרא"ש ז"ל שסוברים דטול אתה שיעור ואני כחות שומעין לו היכי מחלקינן בפרק השותפין בין יש בו דין חלוקה לאין בו דין חלוקה כיון דכך לי בין אין בו דין חלוקה ואומר לחבירו טול אתה שיעור ואני פחות ליש בו דין חלוקה ודוחק לומ' דמיירי בחצר שאין בכולו אלא ל"א וצ"ל לפי דבריהם דיכול לכופו בשא"ל טול את שיעור ואני פחו' מ"מ לענין ברירה לא אמרי' הוברר הדבר למפרע היתה קנויה לו לשעה זו כיון דאין כח הכפיה אלא כשרוצה לוותר חלקו ומשתמא אין אדם רוצה לבטל מחלקו אבל כל שיש בה דין חלוקה לכל א' ואחד שכח הכפיה היא אפילו בלא ויתור אמרינן הוברר הדבר למפרע מידי דהוי אשאין בו דין חלוקה ואינו רוצה לותר דאפילו אית דינא דגוד או איגודא מכי אמר כמ"ש בטור י"ד סימן רכ"ו ועיין בתשובות הרשב"א ז"ל סימן תתקכ"ו (הגה"ה וגם"ב סימן קמ"א ע"כ ההגה"ה)

ואין לזכות ליורשי ראובן מת"ש הרא"ד ז"ל בהשגות פ"א מה"ש שאין חלוקת הזמנים חלוקה טובה שיכול לומר לו כיון שאין אתה רוצה למכור או תשכול הזק ראיה או תחלוק כי לעולם לא אטרח להיות גולה שנה בשנה ע"כ וא"כ יאמרו יורשי ראובן קים לן כהראב"ד ז"ל שהרי כתב מהר"י קולון ז"ל שאין לומר כפלוני הגאון היכא דהוא יחיד והראב"ד ז"ל יחיד הוא בזה

ואולם יש לחקור מה יהיה משפט אותה שנה שעלתה הבית ליורשי לוי אם יכולין להשכירה לאחרים או דוקא שידורו הם בעצמם אבל אם רוצים להשכירה לאחרים מצו יורשי ראובן לעכב על ידם גם יש להקיר לו יהיה שיורשי לוי יכולים הם להשכירה לאחרים אם יכולין יורשי ראובן לומר בשך שתשכירוה לאחרים השכירוה לנו ולכאורה היה נראה דאותה שנה שנפלה בגורלם הרי הבית ברשותם לעשות מתנה כל מה שלבם חפץ ומי יאמרו להם מה תעשו

אלא שמצאתי במרדכי סוף פרק חזקת הבתים כתוב כשאל להר"ם ז"ל על הרבה שותפין שבבית והאחד מרשה את הרבים להשתמש בחלקו אם חביריו יכולין לעכב והשיב דבר פשוט הוא שיכולין לעכב כמו לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה לחצר השותפין מפני שמרבה עליהם את הדרך וכ"ת הא דתנן בנדרים פרק השותפין היו אחד מן השוק מודר הנאה מן' מהם לא יכנס לחצר ראב"י אומר יכול הוא לומר לתוך של חבירך אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך וקי"ל כראב"י בדמפרש התם י"ל דה"מ בחצר דש"ל ויתור מותר במודר הנאה דאהילוך דחצר לא קפדי אינשי אבל הילוך דבית לאו ויתור הוא וקפדי אינשי והנוס שהר"ב זלה"ה והביא תשובה זו בקילור הרב ז"ל בח"מ סימן קנ"ר בסעיף ג' טרס אענה אני מה שאני למד מתשובה זו אבאר דבריה שלכאורה נראה שצריכין ביאור

ולכאורה נראה דמ"ש י"ל דה"מ בחצר דש"ל ויתור מותר במודר הנאה דלא כמאן לא כר"ת ולא כשני אחלוקתו דכולהו ס"ל דראב"י סבר דויתור אסור במודר הנאה אלא דר"ת סבר דלא קי"ל כראב"י בהא ושא'הפוסקי' ס"ל דקי"ל כוותיה ולאו קושיא היא דדברי מהר"ס ז"ל הם דברי ר"ת אות באות ומ"ש דש"ל דויתו' מותר במו' הנאה אינו ר"ל דסביר' ליה וקאי לראב"י אלא ר"ל וסבירא' לן וקאי לדידן וה"ק י"ל דס"ל דה"מ בחצר דש"ל דויתור מותר במודר הנאה ומש"ה פסקינן כראב"י ולא מטעמי' דיש ברירה וכיון דטעם ההתר גם אינו אלא משום ויתור אינו אלא בחצר דאהילוך דחצר לא קפדי אבל הילוך דבית לאו ויתור הוא וקפדי •

ולמדנו מדברין דלר"ת וסיעתיה דסוברי' דלא פסקינן כראב"י אלא משום דס"ל ויתור מותר במודר הנאה בבית לא הוי ויתור ואפי' שאין בו דין חלוקה אסור

ובהכי ניחא נמי מאי דקשיא על מהר"ס ז"ל מי דחקו למהר"י ז"ל לומר דס"ל דויתור מותר במודר הנאה אפילו דס"ל דויתור אסור כיון דקי"ל כראב"י דיש ברירה אמרינן הוברר הדבר למפרע שלתוך של חבירו נכנס כמו אם היה נכנס השותף עצמו דאמרינן האי בדידיה עייל והאי בדידיה ונפי מ"מ לא קשיא ולא מידי דהאי דכי דס"ל רוצה לומר דסבירא לן ולא קאי לראב"י ומיהו אכי' כאמר דקאי לראב"י לא קשיא הך קושיא בתרייתא דנהי דלהתיר לשותף המודר ליכנס בחצר אפילו יסבור ראב"י דויתור אסור במודר הנאה מטעם דיש ברירה שרי אלא שאנו היינו אומרים כן היה יוצא ג"כ דבנידון שנשאל מהר"ם היה יכול להרשות דכיון דיש ברירה בדידיה קא הרשה ואין השותפין יכולין לעכב על ידו אבל אם כאמר דטעם ראב"י דויתור מותר במודר הנאה יוצא דבבית דלא הוי ויתו' וקפדי אינשי אהילוך דבית אסור

אבל אי קשיא הא קשיא דכיון דס"ל לראב"י גם בנדרי' דטעם ההתר משום ברירה אפילו שיסבו' דויתור מותר אף כאן יהא רשאי להרשות אחרים בחלקו אף בבית לאפ"נ דליכא ויתור מטעם ברירה שרי דבחלק חבירו הוא דנכנס אבל לא בחלקו וכמ"ש דמ"ש מהר"ס ז"ל דס"ל דר"ל דסבירא לן ול"א קאי לראב"י ניחא וגוב מצאתי בתשובות דשייכי סימן ל"ה דהרב בעל התשו' הזאת הולך על דעת ר"ת ז"ל וגם כתב שהוא פסק כראב"י אף מטעמיה ואף בבית מותר

ולכאורה נראה ששתי תשובות הללו מהר"ס הם וצריך ליישבם (הגה"ה אחר זמן רב כשכבו תשובות מהר"ס די לונון ז"ל וגם בסימן כ"ד ראיתי דמוקי הך תשובה דסח"ה בשיש דעלמא שנכנס לצורכו או לצורך השותף והך דספר קנין בשותף עצמו יע"ש עד כאן ההגה"ה)

ויש לתמוה על הפוסקים איך זכו שטרא לבי תרי שהם הביאו לפסק הלכה דברי ראב"י דאם היה אחד השוק מודר הנאה מותר ליכנס גם מפני שיכול לומר לתוך של חבירך אני נכנס ואין אני נכנס לתוך שלך ואהילוך דחצר לא קפדי אינשי והוה ליה ויתור ויתור מותר במודר הנאה והביאו ג"כ לפסק הלכה הא דתנן לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה בחצר השותפין מפני שמרבה את הדרך ושמע מינה דאהילוך דחצר קפדי וכ"ל שיש לחלק דשאני התם דיהיה לו הילוך תדיר ותשמיש קבוע מן הבית שקטמה בחצר משא"כ מחמת הילוך בני אדם הבאים מהשוק לחצר באקראי א"כ קיפה אניעה שאול איך הביא מהר"ס לדינו

ראי' מהא דיכן לקח בית בחצ' אחרת דהאי התם שאהילוך תדיר וקבוע כדכתיבנא ומשני כן קפדי אפילו אהילוך דחצר ואם דינו של מהר"ם ז"ל הוא נ"כ תשמיש הדיר וקבוע מה הוקשה לו מהא דתכן היה א' מן השוק מו"ר הנאה ראב"י תדיר שאני התם דאהילוך אקראי בעלמא ולא קפדי איכשי אהילוך אק־אי דהכי כדכתבי' ואפשר דמהר"ם מביא ראיה לדינו מלקח בית בחצר אחרת בתדירנות כי היכי דבחצר בתשמיש קבוע דקפדי אהילוך בתשמיש קבוע אפילו בחצר בבית אפילו בתשמיש שאינו קבוע אינו ראאי לאהילוך לבית קפדי איכשי אפילו שאינו תשמיש קבוע ׃

וחוזרני לענייני לומר דמתוך תשובה זאת שאומרת על הרבה שותפים דבבית א' כו' אני למד מאי שהשותף אינו דר עמו בבית יכול לעכב שלא להושיב אחרי' בביתו ובחומותיו כן י־רשו חלקו המגיע לו מחמת רבוי הדיורים דאפי' לדעת רמב"ם ז"ל שאמר דיכול השותף למלאת ביתו אכסנאים ודיורים כמ"ש בש"פ חזקת על לקח בית אחרת לא יפתחנה לחצר השותפים ה"מ כשהבית לו לבדו אין לזרים אזו חלק ונחלה זולתי בחצר אבל בבית עצמו שהוא משותף יכול לעכב דבביתקפדי איכשי ואם לדעת מהר"ם דדוקא היכא דהשותףדר עמו יכול לעכב מטעם שלא יטה שכמו לדור עם אלו כמ"ש בספר הלבוש למה לא אמר על שותפים הרבה שהיו בבית אחת והאחד מוסיף דיורים בחלקו ואם השואל לא לדקדק הרב המשיב היה לו לבאר שאם אין השותף דר עמו שאינו יכול לעכב ולמה לא השמיענו חידוש גדול כזה אלא ודאי טעם מהר"ם ז"ל שמא יקלקלו את ביתו והשוכרים ירקדו שם ולפי הטעם הזה אפי' שאינו דר עמו בבית ויש ללמוד הדין הזה מדין השכירות דכי היכי דבשכירו' אינו יכול למעט הרבות דיורים שאם השכיר הבית לב' אנשים אינו יכול להשכירו השוכר לג' כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה משכירות והרב בעל הטורי' ח"מ סי' שי"ו א"כ כאן דהשותף יכול לעכב שלא להרבות בדיורין שלא גרע שותף ממשכיר ועל דבר זה הפלאתי מדברי הפוסקים ומצאתי כן בפירוש לסמ"ע בח"מ סי' קנ"ד ע"ש אלא שראיתי לו ז"ל שם שכתב דדוקא מחמת דיורים יכול למחות אפי' כשהשות' אינו דר עמו אבל כשרוצה אחד מן השותפים להושיב אחרים בתקומו ואינו מרבה בדיורים לא מכי השותף השני לעכב עליו אפילו אותו השותף דר שם כי דוקא בשני שוכרים הדין כן וכו' ע"כ

וברור הוא שלא אמרה הרב ז"ל אלא דוקא כשאותם אחרים הם כרגלי הבעלים ולא יותר אבל אם הם יותר מהבעלים אפי' נפש אחת יכול למחות מחמת הדיורים כמו שמצינו במשכיר בית לחבירו לזמן קבוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים עד סו' הזמן שכתבו הרמב"ם והרב בעל הטורים ז"ל שם שיכול להשכירו לאחרים שהם כמנין בני ביתו אבל אם הם ד' לא ישכיר לחמשה ומ"מ איני מודה לרב ז"ל בזה ודעתי נוטה שאף שהאחרים שמושיב במקומו הם כמנין הבעלים שוה בשוה יש לו לומר אינו דומה מי שיש לו חלק בבית למי שאין לו חלק בבית שמי שיש לו חלק בבית מתוך שהוא חס על ממונו כל פונות שהוא פונה שלא ימצא שם ברק ולא יתקלקל הבית משא"כ מי שאין לו חלק בבית דלא איכפת ליה אם תתקלקל הבית אפילו אם תפול מה לו ולכרה ולא דמי למשכיר בית לחבירו לזמן קבוב ורצה השוכר להשכירה לאחרים שיכול להשכירו לבני אדם שהם כמנין בני ביתו דשאני התם דבין השוכר הראשון בין השוכר השני אין להם חלק בבית וכיון שזה השכיר ביתו לאחרים שאין להם חלק בבית משתמא לא איכפת ליה אם השוכר ישכירהו לאחרים דמה לו השוכר הא' מה לו השוכר השני זולת אם השוכר השני נפשות ביתו הן רבים עתה מהשוכר הראשון אבל הכא בשותפין שאם יאחר השותף בבית יחוס על ביתו ולא יניח לבני ביתו לקלקלה ואם יניח אחרים במקומו שאין להם חלק ונחלה בבית מה להם אם תתקלקל הבית או לא תתקלקל יכול לעכב שלא ישכירה לאחרים אין צריך לומר לדעת יש מי שאומ' שכתב הרמב"ם ז"ל בפרק הג' והשגות שם שסוברים דאפילו בשכירות אין השוכר יכול להשכירה לאחרים מפני שיש הרב' בני אדם שמחריבין בית בדירתם כ"ש בשותפין שיהיה הדין כן שאינו יכול להשכירה לאחרים

ומצאתי במרדכי פח"ה בתשובה המתחלת מצאתי ראובן השכיר ביתו ללוי עשר שנים כו' כתוב ואי פשין לוי השוכר הראשון א"כ תן לי שכרי שנתתי לך לעשר שנים יכול ראובן לומר הא ביתא קמך קום ודר בה אבל אין רצוני שתשכים בה אחרים כו' ע"כ והמעיין שם יראה דיש חילוק בין כשנתן השוכר למשכיר המעות מוקדמים לכשלא נתן המעות מוקדמין דבלא נתן השוכר המעות מוקדמין יכול השוכר הראשון להשכירה לשוכר השני ולא מצי משכיר לעכב על ידו וכשנתן השוכר למשכיר המעות מוקדמים יכול המשכיר לומר איני רוצה שתשכים אחרים בביתי הא ביתא קמך קום ודר בה וכ"כ מהר"א ששון ז"ל בסימן ר"ח וכתב שסברא זו מיוסדת אפילו לפי סברת הרמב"ם ואומר אני דשני שותפין הוי כמו שנתן המעות מוקדמין ויכול לומר לו איני רוצה שתשכים אחרים בביתי ואם לחשך אדם לומ' שאני שכירות משותף דבשכירות אין השוכר יכול למכרה לשום אדם אבל השותף יכול למכרה הרוצה לאיש זר ומתוך שיכול למכרה לאחרים יכול נ"כ להשכירה אף אתה אמור לו שיכול השותף לומר לו יותר אני רוצה שתמכרנה משתשכירנה לאחרים שאם תמכרנה זו היא רצוני שהלוקח יש לו חלק בבית ומתוך שיש לו חלק בבית ישגיחנה כבבת עינו אבל אם תשכרנה לאחרים כיון שאין להם חלק בבית השמות יהרסון

ולו יהיה כדברי הרב בעל מאירת עינים שיכולין יורשי לוי להשכירה לאחרים כל זמן שהם כרגלי הבעלים ולא יותר יכולין ראובן לומר השכירה לנו וניתן לך השכירות שנותן לך השוכר שהשותף כל זמן שלא חלקו עדיף ממכרן כיון שיש לו חלק בגוף הבית כמ"ש הרא"ש ז"ל בפרק המקבל הביא דבריו הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ ריש סי' קע"ד וכ"כ בשם הרב ברצלוני ז"ל ויראה דאין חולק בזה ומ"ש הרב ז"ל בספר הקצר וי"א שאפילו הוא מכרן משלקו השותף כו' ומדכתב וי"א משמע דיש חולקים לא היה שדרך הרב ז"ל לומר על סברא שלא מצא חולק בשאר הפוסקים אע"פ שהיא סברא מוסכמת לאמרה בלשון וי"א וכמו שכתב הסמ"ע בסימן י"ו ובהרבה מקומות

וא"כ יש לתמוה על הסמ"ע שתמה על הרב ז"ל בסימן קע"ה למה כתב האי דינא בשם וי"א דלא מצא מי שחלק על זה וא־ך שכח הרב ז"ל דברי עצמו ז"ל שכתב שדרך הרב ז"ל לכתוב יש מי שאומר אפי' על סברא מוסכמת' כל שלא מצא הותה סברא בשאר הפוסקים ולא קשיא מידי דלא כתב הרב ז"ל כלל זה אלא כשמתחיל מדין אחד ואומר יש מי שאומר ובלא וא"ו העטף אבל כאן שכתב וי"א בוי"ו העטף ודאי שכונתו שיש מי שחולק וכן מוכח מדברי הר"ב המפה ז"ל שעל סברת וי"א כתב וכן עיקר מכלל דאיכא מאן דפליג וכתב שכן עיקר

ויראה דש"ל ז"ל דהחולק בזה הוא הרמב"ם ז"ל בפי"ב

מה"ש

מה"ש שכתב א' מן האחים או מן השותפין שמכר חלקו לאחר ואח"כ כתב שמכר חלקו למכרן נראה שחולק עם הרב בעל הטורים שסובר דדינא דאחי ושותפי איתיה אפילו אם קנה המכרן ואע"פ שאפשר לדחות דלגבי אחים ושותפין מכרן אחר קם ליה וכמו שכ"תה מדברי הסמ"ע ז"ל הרב ז"ל בספר הקצר מבין וגם ספר המפה דהרמב"ם ז"ל נקט אחר לאפוקי מכרן וכן הבין מהרי"ב ז"ל בת"ב סי' מ"א וב ז"ל גם מדברי רש"י לכאורה נראה שחולק על הרא"ש וגם לתפרשים דמפרשי מימרא דרב יהודה בגוונא אחרינא לא מוכח סברת הרא"ש ז"ל דמ"ש מהרי"ב ז"ל בסימן הנז' והמשפט צדק ח"א סימן י"א ועיין בסימן י"ב לכך כתב הרב ז"ל וי"א לומר שיש חולקים והם רש"י והרמב"ם והמפרשים שמכרשים מימרא דרב יהודה בגוונא אחרינא ויש לתמוה על הרב ז"ל בב"י סימן קע"ה שלא הזכיר מכל זה כלום ארבה מסתמיות דבריו נראה דאין חולק על סברא זו ואולי דבב"י לא פסיקא ליה אם אלו הרבנים חולקים על הרא"ש או אינם חולקים דלגבי הרמב"ם ז"ל אפשר לפרשו כמ"ש יאחר לגבי אחין ושותפין אחר קרי ליה ודברי רש"י ז"ל אפשר נ"כ להשכימם לדעת זו והמפרשים מימרא דרב יהודה בגוונא אחרינא אע"ג דלא מוכח דין הרא"ש מ"מ מימרא הדין דין אמת ולכך סתם הדברים אבל בספר הקצר שבא לפסוק הלכה כתבו בשם י"א מפני הספק ומ"מ כ"ע מודו דאע"ג דהשותף אינו מסלק מיד המכרן לא גרע מדין המוציא מיד אחר שאינו מכרן כמו שמוכיח המכרן כמ"ש הרב ז"ל בב"י סימן הנז' בשם ה"ה ז"ל ומהרי"ב ז"ל בסימן הנז' כתב אף שהרמב"ם ז"ל נר' חולק על הרב בעל הטורים ז"ל דאפילו קנאו המכרן השותף מסלקו מילתא דפשיטא היא דשותף עדיף ממכרן ע"כ :

ומאחר שוכינו לדין דשותף עדיף ממכרן ולפחות שוה למכרן וגבי שכירות שייך דינא דבר מצרא כמו מכר דשכירות ממכר ליומיה הוא וכמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בשם הרא"ש ז"ל בסוף סימן קע"ה ובסי' שי"ו העתיק הרב בעל הטורים ז"ל תשובת הרא"ש ז"ל שאומרת שם בפירוש שראובן שרוצה להשכיר ביתו לאחרים ושמעון שותפו אומר שיספיקה לו שומעין לו כיון דראו' אינו מפסיד בלבד דבשכירות יש דינא דבר מצרא וכ"כ הרשב"א ז"ל כמ"ש רבינו ז"ל בשמו הביאו הרב ז"ל בסימן הנז' ואע"פ שהרמב"ם ז"ל בפ"יב דהלכות שכנים כתב דבשכירות אין בו דינא דבר מצרא נראה דלא אמרה הרב אלא דוקא בתי שהשכיר ביתו לאחרים ואח"כ מכרה לו שאין בן המצר מוציא מיד השוכר שכ"ג זה אבל אם השכיר ביתו לאחר מן השוק ובא המצרן ואמר אני קודם יודה הרמב"ם ז"ל ששומעין לו כמו שנראה מדברי הרמב"ם ז"ל ואף לפי מה שנר' מדברי הרב בעל הטורים ז"ל שלדברי הרמב"ם ז"ל שכירות אין בו דינא דבר מצרא כלל ועיקר נראה לי פשוט דלא אמרה הרב ז"ל אלא דוקא במצרן אבל באחי ושותפי מודה הרמב"ם דכיון דיש לו חלק בגוף הדירה אלים כחו ממצרן ואע"ג דלגבי מצרן הורע כחו דאפילו אחי ושותפי אין מוציאין מיד המצרן לפי מ"ש למעלה שהבינו בדברי הרב מהרי"ב ז"ל והרב ז"ל בספר הקצר והרב בעל המפה לגבי אחר אלים כח האחין והשותפין מהמצרן דאף במקום דאין המצרן מוציא אחי ושותפי מוציאין שהרי לגבי הכא לית ביה דינא דבר מצרא ואי זבין להא הו ליתמי אתי שותף ומסיק מינייהו כמ"ש בתשובות הגאונים לספר קנין סי' ל"ה :

וסי"ט שם וכן אני אומר וכל הני דאמרינן לית בה דינא דבר מצרא מצרן הוא דאבל שותף לא ע"כ וכיון שמצאנו חילק בין שותף למצרן אין ספק שאפי' הרמב"ם ז"ל דאף ע"ג דבשכירות לית בה דינא דבר מצרא דינא דאחי ושותפי אית ביה

והא דכתב הרב בעל הטורים ז"ל סוף סימן קע"ה שהר"ס בהז"ל והרא"ש ז"ל חולקים הם דהרמב"ם ז"ל סו' שכירות לית בה דינא דבר מצרא והרא"ש ז"ל סובר דאית בה דינא דבר מצרא ואם אתא דאע"ג דהרמב"ם ז"ל ס"ל דשכירות לית ביה דינא דבר מצרא דינא דאחי ושותפי אית ביה מנ"ל דהרא"ש ז"ל חולקים על הרמב"ם דילמא הר"מ בהז"ל איירי במצרן והרא"ש בשותף ולא פליגי כבר תירצה הרב ז"ל שם בב"י משני שסובר הרב בעל הטורים ז"ל שדעת אביו הרא"ש ז"ל דאפי' במצרן שאינו שותף שייך דינא דבר מצרא מההכרח שכתב שם הרב ז"ל לפיכך כתב שהרא"ש ז"ל חלוק על הרמב"ם ז"ל אפילו במצרן אבל אין דעתו שהרמב"ם ז"ל יחלוק על הרא"ש ז"ל בשותף וידים מוכיחות לזה שהרב ז"ל בספר הקצר פסק כהרמב"ם ז"ל דשכירות אין בו משום דינא דבר מצרא וכתב השוכר בית מחבירו והמצרן רוצה להוציאו מידו אין שומעין לו ובסמוך כתב שכ"ס שמכרו שדה בשותפות ואחד מהם רוצה להשכיר חלקו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצר הדין עמו כיון שהוא שותף

הנה שהדבר מבואר דס"ל דאע"ג דלהרמב"ם ז"ל שכירות אין בו דינא דב"מ דינא דאחי ושותפי יש לו ובתשובת מהרי"ב ז"ל סימן כ"א מצאתי אפשר דהרמב"ם ז"ל מודה בשותף דאית ביה דינא דאחי ושותפי ע"כ ואף ע"פ שהרב ז"ל כתבו בלשון אפשר מהר"א ששון ז"ל בסי' קכ"ו כתבו בפשיטות וכן מתבאר מדברי מהרש"ך ז"ל ח"א סימן קע"ו (הגה"ה וכ"כ מצאת בנימין בסימן כ"ו עד כאן ההגה"ה) מיהו יש חולקים וסוברים דבמקום דלית דינא דבר מצרא גם דינא דאחי ושותפי לית להו ואפ"ה יורו בנ"ד דהיכא דלא שכר עדיין והמצרן מעכב על ידו שיש בשכירות דינא דבר מצרא וה"ה דינא דאחי ושותפי כ"ש היכא דהשותף מחזיק ודר תוך הבית

וצריך לדעת אם יכולין יורשי לוי לגלגל שכירות הרבה על יורשי ראובן וראיתי בתשובת הרא"ש ז"ל שהעתיק הרב בעל הטורים ז"ל ח"מ סימן שי"ז ששאלוהו גם על זה וז"ל השאלה ושמעון מעכב ואומר אם תרצה להשכירו תנהו לי ואני אתן לך שכירות כמו אם שומעין לו ואם ראובן יכול לגלגל עליו הרבה שכירות כי יאמר שהוא צורך גדול בבית וכשהשיב הרב ז"ל לא השיב אלא שיש בשכירות דינא דבר מצרא אבל לא השיב למה ששאלוהו אם יכול לגלגל עליו הרבה שכירות

ונ"ל שלא הוצרך דמילתא דפשיטא היא שאין יכול לגלגל עליו הרבה שכירות אלא כפי ראות עיני הדיינים או מה שיתנו לו אחרים דומיא דבר מצרא שנותן למוכר כל מה שנותן הלוקח ובלבד שלא יהיה שם הערמה שוב ראיתי תשובת הרא"ש ז"ל במקומה כלל פ' סימן כ' וכתוב בה בלשון הזה תשובה יראה לי שהדין עם שמעון במה שרוצה ליתן לו כפי שכר התגיע לאחר לפי ראות הדיינין כיהא מצרן ושותף ושייך ביה הטוב והישר ע"כ וזה ברור כמ"ש כשקן של דברי דיורשי לוי אינם יכולין להשכיר הבית לאחרים כל שהם מרבים בדיורים אפילו נפש אחת ולפי דעתי אפי' שהשוכרים שוה בשוה כמלין הפעלים או אפילו כחות אינם יכולין להשכירה לאחרים ואף לפי סברת הסמ"ע דכל שאינו מרבה

שיורשים יכולין לשכירה לאחרים כשיטה וכשיטה שיורשי ראובן קודמים לשכרה מיורשי לוי מדינא דבר מצרא כל שאין לשותף הפסד בשכירות וכללא דמילתא כל שירשה לבע"ד שאין לשותף הפסד השותף קודם לכל אדם ובלבד שלא יעשו יורשי לוי והשוכר הערמ' לדחות דינא דבר מצרא ומחרימי' חרם סתם על כל מי שיעשה דבר זה לדחות דינא דבר מצרא כמ"ש בתשובת הגאונים הביאה הרב ז"ל בב"י סוף סימן קע"ה

כל זה כתבתי כפי שורת הדין הגמו' אבל לפי תורת האדם לא מצאתי ליורשי לוי על מה שיסמוכו דכיון דיש להם בית אחרת טובה כזאת אלא שאינה גדולה כ"כ ולפי אנשי בית הלוי די להם הבית והותר והבית הזאת הגדולה היא גדולה כ"כ על שאינה שוה להם אין זה אלא לקנטר וכ"ש שאין ליורשי ראובן בית אחרת ללכת שם וכתב הראב"ד ז"ל בהשגות פ"א מהלכות שכנים אם אין לו להיכן יפנה מה תהא עליו גם הריב"ש ז"ל סי' רכ"ז כתב שחלוקת הזמנים איכה חלוקה ראויה לכיון דהדבר בעצמו אין בה דין חלוקה גם אין חולקין אותו לזמנים אלא משכירין אותו וחולקין השכר לאמצע ואלו שיורשי ראובן קודמין לשכרה כמ"ש סוף דבר האדם יראה לעינים שאין ליורשי ראובן תועלת בתביעה זו זולתי להדר ליורשי ראובן והלב יודע אם לעקל אם לעקלקלות

ועוד אני אומר שאם יורשי ראובן טוענים או תשכרוהו אתם בכך או אנו נשכרהו בכך בדינא דגוד או איגוד שומעין להם כמ"ש הריב"ש ז"ל בתשובה סימן הנז' והסכימו לזה הרב בעל המפה והסמ"ע ולפי דעתי הרמב"ם ז"ל כתב כן בפ"א משכנים וקיים בעל המפה וכל מקום שיכולין להשוות עצמן בדינא דגוד או איגוד עדיף מחלוקות אלו ע"כ כונתו ז"ל דבכל מקום שיכולין להשוות עצמם בדינא דגוד או איגוד בין במכירה בין בשכירות עדיף מחלוקת הזמנים וכיוצא בהם וזה מבואר בדברי ה"ה ז"ל פ"א משכנים במ"ש על דברי הראב"ד ז"ל הא למדת כו' ע"ש וכיון שיש דינא דגוד או איגוד בשכירות יכולין יורשי ראובן לעלות השכירות יותר משוויין כמו שהסכימו מגדולי הפוסקים רובם ככולם וכפי מה ששמעתי אומרים שאלו האקונאמים יש בהם משו' דינא דמלכותא ובאקונאמי כתוב שדירה העליונה לא יוכלו לשכרה לאחרים הדין עם יורשי ראובן שלא לצאת מן הבית דדינא דמלכותא דינא אם לא שיורשי לוי רוצים לדור הם עצמם בדירה העליונה איברא דבדינא דמלכותא דינא איני מטפל עצמי כעת בזה הנלע"ד כתבתי כאם עבד לפני יודעי דת ודין כופף ראשו כאגמון וכרע כחיזרי על כל מוצא פי אדו"ני מורי ורבותי רבני מתא ועל כבא תהלתם כליל תפארת גולת הכותרת הרב הגדול מורי ורבי יוסף ה' ימים על ימיו ושנים על שנותיו אכ"ר הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קי"ג

מורי הרב ז"ל חתם על פסק זה ונאבד קונטריסו ואחר פטירתו נמצא זה בתוך פסקיו

על דבר הבית שירשו ג' אחים מאמם ודרו בה השני אחים שני שנים ויורשי הג' אומרים להם הריקו לנו הבית שאנו רוצים להשכירה לאחרים שנה אחת כדרך שנשתמשתם אתם שתי שנים והללו אומרי' אין רצוננו שתשכיר' לאחרים אבל בואו אתם ודורו עמנו כדרך שהיינו דרים עם אביכם ועוד טוענין אם יהיה בדין להשכירה אנו קודמין לכל אדם

הנה ראיתי מה שהביא החכם השלם המרדכי פרק חזקת הבתים שנשאל לרבינו מאיר על הרפה שותפין שבבית כו' וקשיא לכ"ת דמוכח שטרא לבי תרי דמקשיא דפ' חזקת משמע דאהילוך דחצר קפדי אינשי ולמאי דפסקינן כראב"י בנדרים דאהילוך לא קפדי ושרי במודר וצריך לחלק לשפח"ה מיירי בתשמיש קבוע ובנדרים מיירי בשאינו קבוע וא"כ איפה הליע שאול אמהר"ם דמייתי ההיא דפרק חזקת להוכיחו דינו משמע דבתשמיש קבוע מיירי א"כ מאי קשיא ליה מההיא דנדרים למיירי בתשמיש עראי לכך פי' למהר"ם בתשמיש שאינו קבוע מיירי והא דמייתי מלקח בית בחצר אחרת ראייתו במדרגות דכי היכי דבחצר אינו רשאי בקבוע כך שאינו קבוע בבית וזה דבר תימה שלא יכנים בני אדם דרך ערא' בתוך שלו זה לא שמענו מעולם א"כ אין לך אדם מכניס אכסני' בתוך ביתו שבותכו יעכב עליו ונמצא מבלה את הרגל בתוך ביתו בשמח' וגיל והפכס ואיך יכנים מהר"ם ז"ל עצמו בחנוי השלע בסתר המדרגה להביא ראייה לדינו במדרגות מלקח בית בחצר אחרת וכותחה לחצר השותפין ועוד שהלבון שתפס שמרבה את הרבים להשתמש בחלקו דרך קבע ממש שאל"כ היה לו לומר שמניח בו אחרים בחלקו (הגה"ה אחרי כשיקת ידיו ורגליו שאינו יכול להביאם בביתו דרך עראי בשמחות וגיל והפכס זה לא עלה על דעת אדם מעולם אבל כונתי לחלק בין שמוש עראי לשמוש קבוע דבשמוש אפילו דרך עראי מעכב עליו והשתא אתי שפיר ליבג' דמרבה את הרבים להשתמש בחלקו אבל לבא שם בביתו שלא בדרך שמוש בשמחות וגיל או הפכס פשיטא שאינו יכול לעכב על ידו וזה יוזקלק בדברי שכתבתי כי היכי דקפדי אהילו' דתשמיש קבוע בחצר בבית אפילו בתשמיש שאינו קבוע בשני החלוקי' תפסתי בלשוני תשמיש לומר דההקפדה היא על התשמיש אע"פי שאינו קבוע ולא על רגל אדם העובר דרך שם עראי ע"כ ההגה"ה) ומה שהקשה דמאי פריך מההיא דנדרים לפלוגי בין הילוך קבוע לשאינו קבוע דמהי תיתי לן דההיא דראב"י לא מיירי אפילו בהלוך קבוע דהא לתוך של חבירו אני נכנס קאמר דס"ל דיש ברירה אבל תדאמרינן דויתור הוא לשרי במודר כלומר מה שאדם רגיל לוותר ואינו מקפיד עליו דהיינו הילוך עראי דחצר שאדם מוותר עליו האבל הילוך דבית אפילו עראי אין אדם מוותר עליו כ"ש הילוך קבוע לחצר דקפידא איכא שמרבה עליו את הדרך

ומיהו הא קשיא לי מאי מייתי מהר"ם ז"ל ראיה מלקח בית בחצר אחרת שמרבה עליו דרך של אחרים ממקום אחר אדרייקת מרישא תירוץ מסיפא דבעק שלו רשאי כדתנן אבל בונה את החדר לפנים מביתו ובונה עליה ע"ג ביתו וכותחה תוך ביתו דאדם יכול להכנים תוך של כמה בני אדם ולמלאת ביתו אכסנאים ודיורים כמ"ש רשב"ם ז"ל ואע"ג דהכא בתוך הבית הוא מ"מ במקום המיוחד לדירתו אכסנאים כי היכי דאם נתרבו בני ביתו אינו יכול למנען ומאי מייתי מלקח בית בחצר אחרת כו' (הגה"ה מה לבני ביתו שע"ד כן נשתתפו ואינו יכול להשליכם החוצה תאמר באכסנאים שלא ע"ד כן ירדו ונשתתפו בבית ואינו כוזל כלא לאספס אל תוך ביתו ולכן מביא ראיה מהר"ם מריבא כבוס דהוי דומה בדומה לגדון שלו דכדון שלו שהם שותפים בבית דומה לחצר השותפין דאף בתוך חלקו אינו יכול להרבות ע"כ ההגה"ה) ותו כיון דע"כ נחית לחילוק דבית לחצר מאי פריך מנדרים הא ידעינן חילוק הקפדה דבית להקפדה דחצר (הגה"ה קושיה דמרן כר"ו לא זכינו להבינו דלא מחלק בין בית לחצר אלא מכח ההיא דנדרים ע"כ ההגה"ה) לכך נר' למהר"ם בא להשמיענו דלא תימא אדם רשאי בשלו להכנים אכסנאים במה שירצה כדכתב רשב"ם ז"ל והשיב דבר פשוט הוא

הוא דיכולי' לעכב בבית המשותף כמו לקח בית אחרת לא יפתח: לחצר השותפין דעשאה דהתם דמביא עליו במקום המשותף בני אדם מן השוק אף זה מביא אדם מן החוץ במקום המשותף ולא דמי לשיכא דכוונה את הדר לכנים מביתו שרגל אנשי ביתו הוא שמרבה במקום המשותף ופריך מההיא דלתוך של חבירך אני נכנס דנראה דאפילו במקום המשותף לא מצי לעכב דיש ברירה ומסיק דחצר שאני •

ומה שלמד מתוך תשובה זו דאפילו אין השותף דר שם מצי מעכב דאל"כ לשמעינן רבותא אפי' אין השותף דר שם הא ודאי לשונו ברור מללו שותפין שבבית לא אמר שותפין בבית דלשתמע אפילו אינם דרים שם אלא שותפין שבבית שבתוך הבית קאמר (הגה"ה איני רואה חילוק בזה דאף שותפין שבבית אחד מושבו שהן שותפין בבית א' אע"פ שאינו דר שם דאי איכא לפלוני בין שותפין שבבית לשותפין בבית קשיא על הרב ז"ל שב"י שהעתיק על שותפין בבית גם הרב בעל' המפה כתב שנים שיש להם בית בשותפות ולשון זה משמע אפילו שאינו דר בבית ע"כ ההגה"ה) ואם כשאין השותף דר שם היכי מדמה לה ללקח בית בחצר אחרת מפני שמרבה עליו את הדרך דדר השותף שם (הגה"ה ואף אם נאמר דמיירי שהשות' שם דר מי ניחא היכי מביא ראי' מלקח בית בחצר אחרת דשאני התם דהטעם הוא מפני שמרבה עליו את הדרך משא"כ הכא דהטעם הוא שאינו יכול לסבול לדור עם אחרים אלא ע"כ לומר דאינו מביא ראיה דאף במקום המשותף יכול לעכב דס"ד דבמקום שיש לשותפו חלק בו אינו יכול לעכב קמ"ל דיכול לעכב כי היכי דמכינן בחצר השותפין דמצי לעכב אע"פ שהוא משותף אף כאן מצי לעכב אע"פ שהבית משותף אע"פ שזה מטעם רבוי הדרך וזה מטעם אחר אין בכך כלום כיון שיש כאן הקפדה יהיה מטעם זה או מטע' זה וכיון דלא מייתי ראיה אלא דאף בחצר המשותף יכול לעכב אין חשש אם בלקח בית בחצר אחרת מיירי בדר שם ונתן מהר"ם ז"ל בלא דר שם דאין הראיה אלא דבחצר המשותף יכול לעכב כמ"ש

ומ"ש דיש ללמוד כן מדין השכירות כי היכי דבשכירות אינו יכול להרבות בדיורין כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה"ש אף השותף יכול לעכב יש לבעל דין לחלוק ולומר דע"כ לא נחלקו אלא בשוכר מפני שאומר לו לא השכרתי לך אלא ע"ד דיורין כיוצא בך אבל בשותף שגוף הבית שלו דאותה שנה הרי היא חלוטה לו ושליט האדם בשלו להכניס בה כמה דיורין שירצה

וראיתי מה שהביא מהשמ"ע שכתב גם על דברי מהר"ם ז"ל דלעיל דאמר דבבית קפדי אינשי כתב נראה דהיינו אפילו לא דר השותף עמו בבית מ"מ יכול למחות בזה שלא להכניס בביתו כי יקלקלו את חלק ביתו מחמת רבוי הדיורים משמע שמשוה דין שותפין לדין המשכיר ותימא הוא דאם דר עמו בבית העדיף כח השותף שיכול להכניס אחרים במקומו שידורו עם חבירו ויהיב טעמא לפי שהוא שותף בגוף הבית ואם רצה יכול למכור את חלקו לזה שמכניס א"כ מזה הטעם יכול להושיב במקומו דיורים בזמן שאין חבירו דר שם שאם ירצה יוכל למכרו לזה שיש לו בו רצון יותר ממנו ולא יוכל חבירו לעכב עליו (הגה"ה אפשר להליץ בעד השמ"ע דכשחבירו דר שם מונע לדיורים שלא יתקלקלו הבית משא"כ כשאינו דר שם דאם יתקלקלו הבית אין רואה ע"כ ההגה"ה)

ועוד מאחר דמהר"ם ז"ל מיירי כשאחיין בבית כדמשמע הלשון שכתב שותפין שבבית כמ"ש לעיל מכיין לנו לומר דהיינו אפילו לא דר השותף בה אלא הא דקאמר אפי' לא דר השותף עמו בבית לא שחלקו לזמנים שנה כנגד שנה

דאז כל א' יכול להשכות בזמנו כמה דיורין כיון דיש לו חלק בגוף אלא שבא להשמיענו כשמו של מהר"ם ז"ל דיכול למחות לפי שאין דעתו סובלת לדור עם אלו כדברי ע"ש שזה הטעם איתיה אע"פ שלא הוסיף בדיורין וכוונו של מהר"ם ז"ל אינו אלא מטעם הומשה שכן הביא ראיה מלקח בית בחצר אחרת (הגה"ה כבר כתבתי דאינו מביא ראיה אלא דאף בחצר המשותף יכול לעכב ע"כ ההגה"ה) הילכך אפי' אינו דר עמו או שהולך ללכת למקום אחר יכול לעכב על חבירו שלא יכנים דיורין אחרים אפילו שישתמשו במקום שחבירו משתמש דמחמת ריבוי הדיורין מתקלקלין ומשתמשין אף בחלקו וכשיבא ימצא תשמישו וחלק מושבו מקולקלים והכי משמע לשונו שכתב יכול למחות שלא להכניס אחרים בביתו כי יקלקלו חלק ביתו והיה לו לומר כי יקלקלוהו אם על הקלקול דכל הבית הוא הקפיד דאין ברירה אלמא על חלקו שהוא שרוי בו הוא מקפיד אבל כשחלקו' שנה כנגד שנה כל א' בזמנו רשאי להכניס בו דיורים כמה שירצה וכן חבירו ומדה שזה הוא נשכירם שיש להם חלק בגוף הבית כל א' וא' בזמנו הרי היא חלוטה לו

ומה שמלא במרדכי בכח"ה בראובן שהשכיר ביתו ללוי לעשר שנים ונתן ראובן כל השכירות שיכול ראובן לומר ללוי הא ביתא קמך קום ודור בה אבל איני רוצה שתכניס אחרים בו ומשמע גם שאם לא נתן המעות מוקדמים יכול להשכירה לאחרים ולא מצי משכיר מעכב ומשמע דבשני שותפין כמי שנתן המעות מוקדמים דמי ואף בזו יש לבעל דין לחלוק דטעמא דהמשכיר יכול לומר איני רוצה שתכניס בה אחרים משום דמצי מימר ליה ע"ד שתכני' אחרים לא השכרתי וכיון שהמשכיר מוחזק במעות ובבית שומעין לו לומר ע"ד כן שכרתי אבל בשני שותפין יד שניהם שוה בו ושניהם מוחזקים לא מצי חד מינייהו לעכב ואפי' למ"ד במשכיר דמצי לעכב בשותף מודה לפי שחבירו מוחז' כמוהו וגדולה מזו מצינו שהניח להם אביהם מרחץ ובית הבית דתנן בפרק נ"פ הניחן לשכר השכיר לאמצע הניחן לעצמן הרי העשיר אומר לעני הבא לך עבדים ורחוץ במרחץ כו' וכתבו בתוס' לאו דוקא שהן לשכר אפילו שאין לעצמן אלא שמוכן להשכיר וכ"כ הרא"ש ז"ל אפי' שבאו אביהם שהיה עשיר לעצמו שאו לעצמו כלומר שאינו מוכן להשכיר והרמב"ם ז"ל בפ"א מה"ש הביא הדין וכתב המ"מ אפי' שאין לעצמן שהם גדולים וראויים להשכירם לא שתהא כוונת האב מעלה ולא מורידה בזו ולכאורה קשה א"כ הוא לדעת הרמב"ם ז"ל מהו זה שכתב אלא משתמשים כדרך שמשתמש אביהם מהי איריא שמשתמש אביהם בדרך זה ועוד קשה אמאי נקט במתני' שהניח להם האב ניתני האחי' שירשו והאי שאין לעצמן ד... הרע דהכא תליא מילת' ונראה דמ"מ צריך שיהיה הדבר מוכיח על כונת האב לא שגילוי כוונת האב מעלה ומוריד שאיכשר שאמר שעשאו לעצמו ואח"ך יחזור בו ובהא דאמרינן בפרק מציאת האשה גבי פרנסת הבת פעמים שאדם עני והעשיר ופעמים עני בדעת ועשיר בדעת אלא שהדבר מוכיח מתוכו אם גדולים הם משתמש גם להשכיר שאין אביהם ואם קטנים לעצמו שאין אי נמי יש הוכחה ממנהג המקום כדכתב המרדכי אם מנהג העיר שמשכירין לשכר שאין ולכך סתם הרמב"ם ז"ל לומר שכל שהדבר מוכיח אזלינן בתרי ולמדנו שאף לדברי הרמב"ם ז"ל כל שראוי להשכיר מצי האח להשכיר אע"ג דלא מצי למימר נוד או אינוד שהוא עני ומדברי הרי"ף ז"ל שכתב דיאכל הלה ואחי דומיא דאבד שוברו משמע דלא מצי עני להשכיר אבל הרא"ש ז"ל כתב דעשאו לעצמו היינו שאינו מוכן להשכיר וכתב ויש לקיים דברי הרי"ף ז"ל על דרך א

שאם

שאם אינו מוכא העני להשכיר יאכל הלה ואדי וקשה היכי שייך יאכל ואדי אינו מדידיה קא אכיל ולא דמי. ליאכל ואדי דאכל בוכרו דאכיל של חבירו ואדי ועוד קשה מאי עשאן לשכר דקתני ליתני מוכא להשכי׳ ואינו מוכא וים לפרש דהא דקתני עשאן לשכר דמשמע דתליא בדעת האב משום דקא״ד לומר דאם אינו מוכא להשכיר יפרע לאחיו מה שנהנה מחלקו ואם יפול האב לומר בזמן שהייתי יכול להשכירו אם הייתי מוכא יהיה סגור לא יפתח דאיך יהנה משל אחיו ויאכל ואדי דבה״ג אמריכן באבד שטרו אם אין כותבין שובר יאכל הלה ואדי כל זמן שאינו מביא את השטר אי לאו לתקון דכותבין שובר משום דעבד לוה לאיש מלוה אלא הכא כמי היינו טעמא דכיון דאינו מוכא להשכיר כל מי שרוצה להשתמש ישתמש בשלו וכ״מ לשנים שלשתתפו והעל אחד מהם ואינו מוכא לשכור דיכא הוא שיתן השעיר מה שנהנה במה שהוא משתמש לעולם כנ״ל עפ״י שטת הרי״ף והרמב״ם ז״ל ומדברי כולם למדנו שאף שעשאן לעצמו אם מוכא להשכירם לאחרים וכבר כתבנו דיש מקום לומר דאפי׳ למ״ד בשוכר שאין לו להשכירו אלא לדיורין כיוצא בו בשותף מודה ואת״ל דשותף התובע להשכיר שאינו יכול להרבות בדיורין כי משעריכן לאו בדידיה משעריכן אלא בדחבריה משעריכן כגון שיהא שדר בו היה לו עשר נפשות וזה הרוצה להשכיר יש לו חמש נפשות דאי זה להשכיר למי שיש לו עשר נפשות כיוצא דחבירו

ועל טענת הקדימה מדינא דב״מ דבשכירות איפליגו רבוותא כמ״ש הטור שהרמב״ם ז״ל כתב שאין בו דינא דב״מ והרא״ש ז״ל כתב דשכירות ליומיה ממכר הוא ואני מהסס נלדברי ה״ה ז״ל בדין השכירות שכתב לא מצאתי זה מבואר אבל נ״ל ק״ו מתשכונא וכמו שיתבאר ופירש הרב מ׳ רי״ק ז״ל דבריו ומה משכונא שאינו דר בה וגם אינו קנויה לו אם קדם וקנה זכה שכירות שהוא דר בה וגם היה קנויה לו דשכירות ליומיה ממכר הוא לא כ״ש ואני תמיה דהרי מפרשינן בגמ׳ טעמא דאמר רב אשי אמרו לי סבי דמתא מחסיא מאי משכנתא דשכוניה גבי׳ למאי כ״מ לדינא דב״מ ובפרק איזהו נשך אמרו סתם משכנתא שתא ואמרו מאי משכנתא דשכוניה גבי ופרש״י ז״ל אין שכן קרוב ממנו אם בא הלוה למכרה אלא משום דדר בתובה ה״ל שכן קרוב יותר משכן שבצדו והיינו דשכוניה גביה שהוא שוכן בתוכה ואינו יכול להוציאה כל ימי המשכונא ואפי׳ בסתמא אית ליה שתא ואמאי לא הוי ממכר ליומיה טפי משכירות דשכיר יום שכיר מקרי והיכי ילפינן מדין משכונא דאית ליה שעבוד הגוף בקרקע ושכוניה גביה ועוד אם מ״ש הרמב״ם ז״ל דשכירות אין בו דין בן המצר הוא לענין שאם קנאה השוכר הי״ל לפרש השוכר ואח״כ קנאו כמו שפירש להלן המשכן מקום כו׳ אלא נראה פשיטות דבריו כמו שפירש הטור שאין בשביל דין המצרן שלא יאמר המצרן אני קודם בשכירות וכן לא יאמר השוכר אני קודם בקניה ואפי׳ היה משכן אין לו דין בן המצר לקדום ולקנות כמו שנראה מדברי הרמב״ם ז״ל שטוען הלוקח ארים אתה או שוכר או משכן ודין המשכן למד מדין מרי ארעא ומרי דיקלי או בתי דודאי לא גרע ממכירה ליומא עד הזמן שקבעו ביניהם או שיאמר לו עקור אילנך והרוס בנינך ואני אעלה לך דמיהם ואעפ״י כן אינו מסלק לבעל הקרקע כ״ש שכירות ועליה כתב המ״מ דהוא ק״ו ממשכונא וסתם לדברי הרמב״ם דשכירות אין בה דין בן המצר כלל בכל ענין בין כשבן המצר הוא שוכר שאינו מסלק את הלוקח וה״ה אם קנה השוכר שבן המצר מוציא מידו כדכתב הרב בב״י שאם היה לו דין בן המצר לענין זה גם הי״ל דין בן המצר להוציא מיד הלוקח

וראיתי להר״ב לח״מ שתמה איך תלה זה בזה שהרי הרשב״א ז״ל כתב דהמלוה אינו יכול לעכב על אחר מלקנות קרקע המושכן לו ואעפ״י כן אם קנאה אין בין המצר מוציא מידו וכ״ל שהדין דין אמת ולא דמי מכר קרקע עצמו המושכן או משכר נמכר קרק׳ שבצדו דכשנמכ׳ קרקע המושכן דמשכן בא מדין בן המצר שהרי אין לו בגופה של קרקע כלום א״א אם קנאו מניחין בידו מדין רחמנות שגם טוב וישר הוא להעמידה ביד המשכן שהוא ממונה עליה והלוהו בשעת דוחקו כמ״ש בבעלי הראשונים ובאשה ויתמי שקנו שנתנו להם כח להחזיק בדרים ולא נתנו להם כח להוציא אבל השוכר שמכר כשקנה קרקע שבצדו מאיזה טעם אין בן המצר יכול לסלקו הא לית ליה זכותא בגויה כלום אלא במכר שבצדו ואם השיב בה מצרן יסלק את הלוקח וכיון דאין לו טענה לסלק את הלוקח להו מצרן ה״א ויבא המצרן ויסלקנו

ובמה שכתב הטור שהרא״ש ז״ל חלוק על הרמב״ם ז״ל שכתב דשכירות ליומיה ממכר הוא ותשובה זו הובאה בכלל כ״ב והניחה הנזר בסי׳ שי״ו על שנים שמכרו אכירות זה אבל זה כו׳ וקשה שמצינו להרא״ש ז״ל עצמו שכתי׳ בתשובה כלל כ״ז דשכירות אין בו דינא דבר מצרא כמ״ש הרב מהר״י ן׳ לב ז״ל בח״ב סי׳ מ״א שתשובותיו סותרות זו לזו ונ״ל דלא קשיין אהדדי דודאי השוכר שבבית אין לו זכות שבית לא לסלק את הלוקח ולא להעמיד המקח בידו בפני המצרן כמו שביאר בכלל כ״ח אמנם מ״ש בכלל כ״ב דשכירות ליומיה ממכר הוא לא לסלק את גוף הקרקע מיד הלוקח ולא להעמידו לעצמו אלא בשכירות גופיה בשנים לקחו הכר א׳ בשותפות ובא א׳ מהם להשכיר חלקו לאחר אומר לו השותף אני קודם ואעפ״י שאמרו דאין דין בן המצר במטל׳ אלא בקרקעות האי שכירות קרקע כקרקע דמי דשכירות ממכר ליומיה הוא וחשיבא היא עצמה כקרקע שיהיה השותף קודם בה אעפ״י שלטלין מכירת גוף הקרקע הוי השכירות בה כהוגן ולא אלים לסלקו דהשוכר יכל לבעל קרקע מ״מ לשכירות כיוצא בו מהכי דיד שניהם שוה כאחת דכיון דיש לו חלק בשכירות הוא קודם לשאר כל אדם ובכה״ג נבי מרי ארעא ומרי בתי אעג״ב דמרי בתי לא מסלק למרי ארעא מרותייהו דבתי מסלקי אהדדי שיד שניהם שוה כאחת וההילוי ברור לא נעלם זה מעיני הטור ומי בכל ביתו כבנו כאמן וידע שאין דבריו סותרות זו את זו אבל מה שהביא לאביו הרא״ש ז״ל כחולק על הרמב״ם ז״ל משום דמשמע ליה דדברי הרמב״ם ז״ל שכתב השכירות אין בו דין המצר היינו דלית בה דינא דבר מצרא כלל אפי׳ לעצמו שלא תקנו חכמינו אלא מגופה של קרקע

ומעתה אבא לדברי החכם השלם הפוסק שכתב דל״ת לדברי הרא״ש ז״ל אלא אפילו לדברי הרמב״ם ז״ל דאמר שכירות אין בו דינא דבר מצרא דוקא דמכר׳ לשוכר דאין בן המצר מסלקו אבל המשכיר ביתו לאחד מן השוק בא בעל המצר ומסלקו זו מנין לו דהא האי לשון דאין בו דין המצר לגמרי משמע וכ״כ הר״ן והנמקי דמילתא פסיקתא קתני דלית במשכנתא דינא דבר מצרא דאין בן המצר יכול לסלקו ואין בעל המשכנתא יכול לסלקו מאחר וכן הביא שם המ״מ בשם הרשב״א ז״ל על דברי הרמב״ם ז״ל והוא עצמו כתב שמשכירות והמשכנתא שוים וכבר פירשנו שאף לדברי הרא״ש ז״ל שכירות לית בה דד״מ לסלק משוכר אחר ארעא דקאי אמכריה ומ״מ שהשותף עדיף ממצרן שיש לו חלק בגוף הקרקע כו׳ לא נמצא יותר בהעתק

סימן קיד

סימן קי"ד

עוד לו להחכם השלם הנז' קושטנדינא הנ"ל

שאלה ראובן שהחזיק בכיור שהיה מקלח מים לחצר שמעון כדין וכהלכה ונמלך ראובן והסיר את הכיור ממקום זה והפכו לצד אחר ולימים עוד רצה ראובן להחזיר הכיור לאיתנו הראשון ושמעון בעל החצר מעכב עליו בטענה שכבר מחל שעבודו יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה הלכה רווחת דיש לכיור חזקה לענין שאינו יכול למחות בעל החצר בבעל הגג שיסיר הכיור המקלח בחצירו לא נחלקו אלא באופן החזקה דלהרמב"ם ושיטתו ז"ל חזקה זו הויא לאלתר ובלא טענה להשעבודין נקנין בשתיק' ומדין שבלכות אבל לרשב"ם ושיטתו ז"ל צריך חזקה ג"ש ובא בטענה ואיכא תו פלוגתא אחריתי מי נקרא מוחזק המזיק או הניזק וכיון דהא פלוגתי מי נקרא מוחזק אין לומר קים לי כיון דהא פליגי כמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"א סי' ע"ו וס"א וכל גדולי האחרו' הבאים אחריו וכתב מהרש"ח בתשובותיו סי' ל"ז דכיון דאין לומ' קי"ל אית לן למיזל בתר הרוב וכבר כתבתי במ"א דרוב' דרבוותא ס"ל דבעינן חזקת ג"ש ובא בטענה (הגה"ה וכ"כ נ"כ בתשובה אחרת מהחלק הזה סי' כ"ט ע"כ הגה"ה)

וגם בשאלה זו שהחזיק ראובן כדין וכהלכה נראה שהחזיק ג"ש ובטענה דאם לא החזיק ג"ש אלא חזקה דלאלתר אין צורך לשמעון לטעון שמחל שעבודו אלא דמעיקרא אין לו חזקה דאית לן למיזל בתר רובא דרבוות' דסברי דצריך ג"ש וטענה אמנם אם יחזיק ראובן ג"ש ובא בטענה ושמעון בא עליו בטענה שמחל שעבודו ככר כשאל הרשב"א ז"ל כזה בתשובותיו סימן אלף קנ"ג הביאה הרב ז"ל בב"י סימן קנ"ג מחודשין א' וז"ל כל שעבוד שיש לאדם על חבירו שאין בו חסרון קרקע כגון פתיחת חלונות ושפיכת מימות וכיוצא בהם אם סילקן משם הבעל בענין שיראה שהיה סלוקו מחמת מחילה אם רצה לחזור בו אינו רשאי שמשעה שסלקו מחל שעבודו ואין צריך קנין ולא חזקה אלא כל שסתם חלונותיו ופרץ את כלימיו נמחל השעבוד מיד וכן כל שסלק מימיו מחצר חבירו והפכן לצד אחר מהדברים שיראה לב"ד שנתכוונו לסלקם ותניא בפ"ק דבבא בתרא פרץ את כלימיו אין לו ארבע אמות ואין צריך לומר אלא מיד שפרץ הכלימין נסתלק השעבוד כו' ע"כ

וקשיא לי שתשובה זו אומרת בפירוש דוקא בדבר שאין בו חסרון קרקע כל שסלקם הבעל בענין שיראה שמחל שעבודו אינו רשאי לחזור בו אבל כשיש בו חסרון קרקע אפילו בפריצת כלימין יכול לחזור בו ותימא הוא כשיני שדעת הרשב"א ז"ל שר"א שנותנין לכל פתח ופתח יש לו לקנין גמור ולא לפי שעה כמ"ש הריב"ש ז"ל בתשו' סימן רמ"ח וכיון שהם לו לקנין גמור למה אמרו בפ"ק דבתרא בית סתום יש לו ד"א פרץ את כלימיו אין לו ד"א והא כל דבר שיש בו חסרון קרקע לא סגי בפריצת כלימין כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הנז' ובתשובה שהביא הרב ז"ל בב"י שם סוף סי' קנ"ג כתוב שם שר"א שלפני פתח יש בהם חסרון קרקע וצריך חזקת ג"ש ואין מקום לומר התם כלימיו דכיון שהוא עצמו פורץ פרץ על פני פרץ הרי הוא כשואל בפירוש ומ"ש הרשב"א ז"ל בראש דבריו כל שעבוד שיש לו על הלי' חבירו שאין לו חסרון קרקע אם סלקם הבעל משם אם רצה לחזור בו אינו רשאי נראה דבדבר שיש בו חסרון קרקע אפילו סלקם הבעל בעצמו יכול לחזור בו ותמוה י"ל דאע"ג דס"ל להרשב"א ז"ל דר"א שלפני פתחו הם לו לקנין גמור והוי חסרון קרקע אינו חסרון קרקע גמור כשדה דרב ענן שהיו רוצים להחזיק בשדה מקנתו אבל בד"א שלפני פתחו כיון שמן ההפקר זכה בו או שלבין נתנם לו במתנה לדעת הרשב"א ז"ל כמו שיראה המעיין בתשובת הריב"ש ז"ל בסימן הנז"ל דזוכה בהם לקנין גמור ומקרי חסרון קרקע מ"מ חסרון קרקע כזה שענה מקרי וכל שסלקו בענין שיראה שהיה סלוקו מחמת מחילה אם רצה לחזור בו אינו רשאי

ועדיין אין זה מתחוור אצלי דלא היה לו להרשב"א ז"ל להחליט המאמר ולומר כל שעבוד שיש לו לאדם על חבירו שאין לו חסרון קרקע ושפיכת מימות וכיוצא בהם כו' דמשמע דכל שהוא חסרון קרקע אפילו חסרון קרקע כד"א שלפני הפתח רשאי לחזור בו דאל"כ עריכא מינה הי"ל להשמיענו דאפילו בחסרון קרקע כזה הויא מחילה ואינו רשאי לחזור בו (הגה"ה אחר זמן רב נדפסו תשובות מהר"ש יונה ז"ל וראיתי בפירוש להלכות שכנים הקשה הכף מה שהקשיתי דאיך מביא הרשב"א ז"ל ראיה מפרץ את פצימיו דבכה"ג בעי פריצת פצימין ולא סגי בשתיקה דילמא שאני התם דד"א הם קנויים לו לגמרי ולכן כדי למחול ד"א בעינן מעשה גדול דהיינו פריצת פצימין אבל בחלון דהוי שעבוד דעלמא דילמא בסתימה סגי ותי' יעו"ש

ואני איני רואה בדברי הרשב"א דבר שיחוייב ממנו דשתיקה בלא פריצת פצימין לא מהני בחלון דכל כוונת הרשב"א ז"ל אינו אלא לומר שיעשה מעשה שיראה שמחל שעבודו ואם בסתימה בלא פריצת פצימין עושה מעשה שמחל שעבודו פשיטא שאינו יכול לחזור בו ואם אפילו בפריצת פצימין מוכיח מתוך מעשיו שאינו רוצה למחול שעבודו ודאי דלא מחל אלא שבפריצת פצימין א"א להראות שכוונתו שלא למחול שעבודו אלא במפרש שאינו רוצה למחול שעבודו

ואיך שיהיה אין כונת הרשב"א ז"ל להביא ראיה מפרץ את פצימיו אלא דבהא סגי ולא בעי ג"ש דכל שעושה מעשה שנראה שמוחל שעבודו סגי וזהו שכתב ז"ל וכיוצא בו מהדברים שיראה לב"ד שנתכוונו הבעלים לסלקן ומביא ראיה מפרץ את פצימיו שכל שעשה מעשה שנראה מתוכו שמחל סגי וה"ה דבסתימת חלון אם מתוכו יראה שמוחל אפילו בלא פריצת פצימין מחל וכ"כ מהר"א ששון ז"ל בסי' ס"ח •

ולפי מ"ש אפשר שהרשב"א ז"ל אינו חולק על דברי הרב הגמ"י פרק חזקת הביאו הרב ז"ל בסימן קנ"ה סט"ו שכתב בין סתמו אחרים בין סתם הוא עצמו לא בעי פריצת פצימין דאפשר דהרב הגמ"י מיירי בסתימה שמוכיח מתוכה שמחל שעבודו ולא בעי פריצת פצימין ובזה לא יקשה מה שהקשה עליו מהר"א ששון ז"ל בסי' הנז' מהברית' דבעי פריצת פצימין דכוונת הברייתא לומר דבעי שיעשה מעשה המורה ולא נקט פריצת פצימין לאשמועי' דלא סגי בלא פרץ את פצימיו אבל ה"ה בלא פריצת פצימין אם מתוך המעשה נראה שמחל ועיין במהר"ם הלוי ז"ל חלק ח"מ סימן י' ע"כ הגה"ה)

ומלבד מה שחילק הרשב"א ז"ל בין כשיש בו חסרון קרקע לאין בו חסרון קרקע כו' יש חלוק אחר לדעתו ז"ל דבדבר שאין בו חסרון קרקע כל שהכיר וידע

לענין זה היה לו דין בן המצר להוציאו מיד הלוקח שאינו בן המצר ע"כ והלא בשדה הממושכן עצמו סובר הרמב"ם ז"ל דאין למשכן דין בן המצר להוציאה מיד הלוקח ואע"פ כן יש לו דין בן המצר שאם קנאו המשכן אין המצרן מוציאה מידו דלאו הא בהא תליא מילתא וא"כ איך הכריח הרב ז"ל שאפילו קדם וקנה המשכן בן המצר מוציאה מידו • וראיתי למהרש"ך ז"ל סימן הנז' והרב בעל לחם משנה ז"ל תפשו על הרב ז"ל אפילו בהנחה מונחת שסובר הרמב"ם ז"ל דבשדה הממושכן עצמו אפילו קנה אחר המשכן מוצי' מידו מי זה אמר דבשדה הסמוכה למשכונה יסבור דאפילו קנאה המשכן שבן המצר מוציאה מידו מפני שכתב שאם קנאה אחר אין המשכן מוציא' מידו דהא בהא תליא שהרי הרמב"ן והרשב"א ז"ל סוברים דלאו הא בהא תליא מילתא כו' יע"ש ולדידי לפי סברתם לא קשיא מידי שאם הרמב"ן והרשב"א סוברים דלאו הא בהא תליא מילתא הרמב"ם יסבו' דהא בהא תליא • ואל הדעת הזה נטה רבינו המופלג בחכמה מהריב"ל בת"ש בח"ב סי' הנז' והרמב"ם שכתב כו' אי ס"ל כהרשב"א ז"ל כו' ואי ס"ל כרש"י ז"ל אצטריך למימר דס"ל כיש מי שחולק ע"כ הרצון אל הרב ז"ל בדברים אלו שאם דעת הרמב"ם בשדה הממושכן כדעת הרשב"א ז"ל דמילתא פסיקתא קתני משכנתא לית בה דינא דבר מצרא לא לזה ולא לזה וסובר דלאו הא בהא תליא ה"ה נמי שסובר כדעת הרשב"א ז"ל בשדה שאצל הממושכן דאע"ג דאין למשכן דין בן המצר אם קנאה אין בן המצר מוציאה מידו דלאו הא בהא תליא כדין שדה הממושכן עצמו אבל אי ס"ל להרמב"ם ז"ל כדעת רש"י ז"ל דכי היכי דאם קנה המשכן שדה הממושכנת לו אין בן המצר מוציאה מידו ה"ה נמי אם קנאה אחר המשכן מוציאה מידו והטעם דהא בהא תליא דכי היכי שהוא מצרן להחזיקה בידו הכי נמי הוא מצרן להוציאה מיד הלוקח נצטרך לומר שדעת הרמב"ם ז"ל כיש מי שחלק דבשדה הסמוכ' למשכונא אם קנאה המשכן בן המצר מוציאה מידו דהא בהא תליא וכיון שכתב הרמב"ם ז"ל שאם קנאה אחר אע"פ שהוא מוכר או משכן אינו מוציאה מיד הלוקח ודאי דס"ל שאם קנאה המשכן בן המצר מוציאה מידו כיש מי שחלק שאם היה לו דין בן המצר בזה היה לו ג"כ דין בן המצר להוצי' מיד הלוקח דהא בהא תליא וזה פשוט ומבואר אצלי ליושר האמת וזה נ"ל ג"כ דעת הרב הנמקי ז"ל בדעת רש"י ז"ל כפי מה שהבין מהריב"ל ז"ל בדעתו שהרי דעת רש"י ז"ל דבשדה עצמו המשכן מוציאו מיד בן המצר מפני שסובר דיש למשכן דין מצרן לכל הדברים ולזה כתב הרב הנמקי ז"ל לדעת רש"י דשדה הסמוכה למשכונה המצרן מוציאה מיד המשכן והטעם דהא בהא תליא כדכתבינן •

ומהני מהרש"ך ומהר"א ששון שמהרש"ך בה"א סי' מ"ג כ' שדברי מהריב"ל עמקו ממנו וצ"ע ומהר"א ש' בסי' קכ"ו הגיה בדברי הרב כמ"ש שם ודברי הרב ז"ל נכונים וברורים כמ"ש (הגהה אחר זמן רב נדפסו תשובות מהר"ש יונה ז"ל וראיתי בסימן כ"ב עמד על דברי מהריב"ל ז"ל ויישבן ומן הדומה לכאורה שכיון למ"ש עם שדבריו באו באורך אמנם מי שידקדק בדבריו יראה שכיון אל מ"ש מהר"א ששון ז"ל בסימן הנז' ע"כ הגהה)

באופן שמהריב"ל לפי ישובו סובר שדעת הר"מ במז"ל דהא בהא תליא ולכן כפי דעת מהרש"ך והבע"ל לח"מ שסו' שלדעת הר"מ דבשדה הממושכן עצמו אפילו קנה אחר המצרן מוציאו לא קשיא על הרב ז"ל כמ"ש אבל לפי דעת הרב ז"ל בספר בדק הבית שדעת הרמב"ם ז"ל כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ז"ל היא קושיא אלימתא כמ"ש וכעת כל"ע גם בספר הקצר נופלת תמיהא זו על הרב ז"ל ביתר שאת ויתר עז שבסוף סכ"ח כתב אם שדה הסמוכה למשכונא נמכרת לוה מעכב על המלוה ואין המלוה מעכב על הלוה ואם אין הלוה חפץ לקנותה וקנאה אחר אפילו אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציאה מידו ואם קדם המלוה וקנה בן המצר מוציאה מידו ע"כ הולך הרב ז"ל לסברתו שכתב בב"י שאם אין לו דין בן המצר להוציאה מיד אחר אין לו דין בן המצר ג"כ שלא יוציאנה המצרן מידו ואלו למעלה בסכ"ז כתב הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין המצרן מסלקו אבל אם מכרה לאחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציאו מידו ע"כ ואתמהא אם אין המלוה יכול להוציאה מיד אחר יוציאנה בן המצר מידו דהא בהא תליא כמ"ש בשדה הסמוכה למשכונה ואם מפני שהלוקח מוחזק פסק בשדה המשכונא למשכונא דאם קנאה אחר אין המלוה מוציא' מידו גם בשדה הממושכן עצמו הי"ל לפסוק מוציאה מיד הלוקח

עתה באתי להתווכח עם כ"ת הראשונה במ"ש שדעת רש"י כסברת המרדכי ז"ל שהמשכן מוציאה מיד בן המצר או מיד אחר מאין ולאין פסיקא ליה לכת' שדעת רש"י ז"ל כדעת המרדכי כדי להקשות על הרב ז"ל איברא שהרא"ש ז"ל בפרק המקבל שדעת רש"י ז"ל דהמלוה מסלק את המצרן גם מדברי המרדכי נראה שדעת רש"י כן כמ"ש מהריב"ל ז"ל בסימן הנז' ונטה דעתו לזה ולולי שהרבנים הנז' ז"ל אמרו כן בדעת רש"י ז"ל הייתי אומר דאדרבא מדברי רש"י מוכח שהמשכן עדיף ממצרן היכא דבאים מתחלה המשכן והמצרן דאז המשכן קודם משום דשכוניה גביה אבל אם קנאה המצרן אין המלוה מוציאה מידו וכדעת הר"ס הכהן ז"ל שהביא המרדכי ז"ל דשקולים הם המלוה והמצרן וכ"כ הריטב"א בדעת רש"י ז"ל הביא דבריו מהריב"ל ז"ל בסימן הנז' וכן ראיתי למהר"א ששון ז"ל סימן קכ"ט

ונראה בעיני שזו דעת הר' הנמקי בדע' רש"י שהרי בפ' המקבל כ' כדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל ובפרק א"כ כתב כלשון רש"י ז"ל דשכוניה גביה אין לו שכן קרוב ממנו שאם הלוה למכרה אין בעל המצר קרוב לקנותה כזה ע"כ • דנראה מדבריו שדעת רש"י ז"ל הוא כדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דאם המצרן לקח השדה אין בעל המשכנתא מוציאה ממנו ולא עוד אלא שנראה מדבריו דאפילו לענין קדימה לא עדיף המשכן ממצרן לדעת רש"י ז"ל אלא למי שרוצ' המלוה מוכרה כדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל ואין זה מחוור בעיני גם דברי הרב הנמקי בפרק המקבל נתקשו אצלי דלאו רישיה סיפיה ולא סיפיה רישיה דמתחלת דבריו שכתב אם מכרה למי שהוא ממושכן אצלו אין המצרן מוציאה מידו נראה דדוקא אם מכרה לו אין בן המצ' מוצי' מידו אבל אם בא למכרה ועדיין לא לקחה המשכן בן המצר קודם • ומסוף דבריו נראה דאין לאחד מהם קדימה על זה גם בדברי רש"י ז"ל נופלת תמיהא כזו עיין בתשובה למהר"א ששון ז"ל סימן קכ"ט

והייתי רוצה לומר דדעת כ"י בפרק המקבל דהמשכן גריע מהמצרן ולענין קדימה בתחלה המצרן קודם אבל אם קדם המשכן ולקח אין בן המצר מוציאה מידו והייתי מדקדק כן מדבריו שכתב וכי היכי דאין בעל המצר יכול לסלקו כן הוא אינו יכול לעכב כו' ולא כתב כלשון ה"ה ז"ל בדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל כשם שאין בעל המצר יכול לעכב על המלוה כו' אלא שלא נהלם לי יפה פירוש זה בדברי הרב הנמקי ז"ל בסוף דבריו שכתב מילתא פסיקתא קתני משכנתא לית בה דינא דב"מ לא לזה ולא לזה

ומ"ש בין הכי ובין הכי למרנו הדברין דלדעת רש"י אין המשכן מוציא' מיד המכרן אם קנאה המכרן

ולפי דעתי מ"ש הרב ז"ל בב"י בסעיף כ"ח בשם תלמידי הרשב"א ז"ל אבל דעת רבינו דבעל משכונא קודם יש שם חיסור לשון וצ"ל אבל דעת רבינו שלמה כו' והן הן דברי הריטב"א ז"ל בשם רש"י ז"ל וכיון שנתבאר שמדברי רש"י ז"ל אין ראיה שסובר כדעת המרדכי אדרבא סובר בהפך כמ"ש הריטב"א ומהר"א ששון ז"ל תמה אני עליך שכרפת דעת רש"י ז"ל לדעת המרדכי כדעת מהריב"ל ז"ל להקשות על הרב ז"ל על זה וביותא נאמר גברא אגברא קא רמית שאתה מקשה מדברי מהריב"ל להרב ז"ל בב"י ולא זה הדרך ליודעי דעת ומביני מדע

עוד אני תמה על כבודך שכתבת וכן נראה דעת הרשב"א ז"ל כמ"ש תלמידיו משמו ע"כ היכן ראית כן בדברי הרשב"א שכתבו משמו שדעתו לומר דאם קנה אחר את השדה המשועבד שבעל המשכונא מוציאה מידו שהרי תלמידיו לא כתבו בשם הרב ז"ל אלא דבעל משכונא קודם ואם קדם מכרן וקנאם זכה ומדברים אלו לא משמע אלא דיש קדימה למשכן אבל אם קדם אפי' אחר וקנה את השדה אין מוציאין אותה מידו ואע"ג דכתב ומיהו אם קדם מכרן וקנאה אין מוציאין אותה מידו דמשמ' דדוקא מכרן אבל לא אחר אין בכך כלום דמשום דבמכרן קא עסיק עד השתא נקט מכרן אבל אה"נ דאפי' אחר שקדם וקנה אין מוציאין מידו תדע דהכי הוא שהרי תלמידיו כתבו כן בשמו והרב המגיד ז"ל כתב בשם הרשב"א ז"ל דכשם שאין בעל המכר יכול לעכב על המלוה כך המלוה אינו יכול לעכב על בעל השדה אם רצה למכור שדהו לבן המכר או לאחר ע"כ ואם מ"ש תלמידיו משמו הוא אפי' דקנא' אחר מוציאין אותה מידו פליג מדידיה אדידיה ואע"ג דהא לפי סברתי' פליג מדידיה אדידיה דתלמידיו כתבו בשמו דבעל משכונא קודם למכרן וכ"ש לאחר ומש"ש הרב המגיד ז"ל בשמו נתבאר שדעתו דלית דין קדימה אפי' לאחר כל מאי דמצינן להשכים דברי הרשב"א ז"ל אלו עם אלו נשכים ואפושי בסתירת דבריו לא מפשינן ועוד יש קצת סמך לזה שאם מ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל בשמו ומיהו אם קדם מכרן וקנאה זכה כו' הוא דוקא במכרן אבל לא באחר מה הפרש יש בסברתם לסברת רבם דליכא למימר דהפרש הוא דלפי סברתם אין דין קדימ' למלוה ממכרן כשבאים לקנות את השדה אלא חולקים ביניה' ולדעת רבם ז"ל בעל משכונא קודם דא"כ העיקר חסר מדברי תלמידי הרשב"א שכתבו דאיזה מהם שקדם וקנה אין מוציא מידו ומשמע דוקא אם קדם וקנה אין מוציאין מידו אבל אם באים תחלה בעל משכונא קוד' דאל"כ לשמועינן רבותא דאין דין קדימה למלוה יותר מהמכרן אפי' כשבאים תחלה לקנות וכ"ש בשקדם וקנה אחד מהם דאין מוציאין מידו

ועוד אני תמיה על כבודך איך פשיטא לך שמ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל אבל דעת רבינו כו' כדי שיקשה כ"ת למהר"יק ז"ל ולהר"אה מדידיה אדידיה ולא נאמר דבעל הר"אה נתכוון שגם הר"אה ז"ל היה רבו המובהק של הריטב"א ז"ל וכ"ש למ"ש לעיל שצריך לגרוס אבל רבינו שלמה כו' דאין מקום לדברי כ"ת וכן מ"ש כבודך דהריטב"א ז"ל מהעומדים בסברת המרדכי אין מכאן תפיסה להרב שהוא לא ראה דברי הריטב"א שאם היה רואה אותם היה מביאם כמנהגו הטוב ואיפשר דבכלל מ"ש וכתבו תלמידי הרשב"א ז"ל כללו הרב אע"פ שיש חילוק בין תלמידי הרשב"א להריטב"א ז"ל שסוברת הריטב"א דאפי' קדם מכרן וקנאו המלוה מוציאה מידו ודעת תלמידי הרשב"א דאם קדם מכרן וקנאו אין מוציאין אותה מידו לא חש הרב ז"ל לזה משום דלא נפקא לן מידי בזה כיון שסברת הריטב"א כדברי העיטור והטור ולא הביא דברי תלמידי הרשב"א אלא בשביל כמה החשים שם ונזכרו בדבריהם ז"ל ואיפשר עוד שהבין הרב בדברי הריטב"א ז"ל שמה שסיים אבל רש"י פירש ולפירושו אם קדם המכרן וזבין זביני' זביניה ע"כ הכונה לו ז"ל ויש לחוש לדבריו ולפירושו ומכלל האמור נתבאר שדעת הרמב"ם והרמב"ן ורש"י והרשב"א והר"ן והרב הנמקי דאין המשכן מוציא השדה אפי' אם קנאה אחר שאינו מכרן ואיפשר דאף דעת הריטב"א כן כדכתבינן מעתה יפה כתב הרב שרוב מנין ורוב בנין הם העומדים בשטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל שבשטה זו קיימי שבה עמודי ההוראה גדולים בחכמה ובמנין אבל בשטת המרדכי עומדים העיטור והגאונים ותלמידי הרשב"א והר"י ברצלוני והרא"ש והטור דאע"ג דהם שבטה הרא"ש והטור ז"ל כחד חשבינן ליה לדעת הרב בה"ת סי' ע"ז וכיון שהם שקולים ראוי לפסוק כהנך שכולם הם מגדולי הפוסקים המפורסמים ובתראי טובא ואע"ג דבסברת הרב בעל העיטור קאי רבינו ברוך ממגנצ"א שכתב הרב המרדכי ז"ל גם בסברת הרמב"ן קאי הרב המחבר שכתוב בספר העיטור כ"ש לפי מ"ש כ"ת דהרא"ש ז"ל סותר את עצמו ואינו מן המנין וכ"ש אם נאמר דהרב בעל העיטור דעתו נוטה לדעת הרמב"ן ז"ל כמו שנ"ל מדבריו בהלכות אפותיקי דרבים אשר אתנו בסברת הרמב"ן מהעומדים בסברת הטור ואע"פ שהרב ז"ל עצמו כתב שדעת בעל העיטור נוטה לדעת הטור לא כתב כן אלא בדרך איפשר ונראה אבל לא לכרפו לדעת הטור כדי לעשות רוב מנין ואע"פ שמדברי התוס' ז"ל בפרק איזהו נשך גבי רב מרי בר רחל משכן לו גוי ביתא נראה דסובר כדעת הטור אע"כ כן רוב מנין ורוב בנין עומדים בסברת הרמב"ן שהרי העיטור והר"אה והריטב"א ז"ל אינן מן המנין לא לכד זה ולא לכד זה מהטעמים האמורים למעלה נשארו בסברת המרדכי הגאונים ותלמידי הרשב"א והטור ורבינו ברוך והתוס' והר"י ברצלוני ואף בדברי הרב ברצלוני ז"ל לא בא הדבר שבואר ואפי' נאמר שכן הוא דעתו בפירוש רבו כמו רבו העומדים בסברת הרמב"ן והם אלו רש"י והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והרב הנמקי והרב המחבר שכתב העיטור והר"ם הכהן ז"ל שכתב המרדכי ז"ל מיהו אם נאמר דגאונים מיעוט רבים שנים ותלמידי הרשב"א מיעוט רבים שנים רבו העומדים בסברת המרדכי מהעומדים בסברת הרמב"ן והרשב"א ז"ל

תו קשיא לי לכ"ת במ"ש מהרי"ק ז"ל וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך וגם דעת הרא"ש ז"ל שדברי ה"ה והרא"ש אינם ענין לדברי הרב הנמקי כו' ע"כ ואני אומר מן הדומה שכדמה לכבודך שמ"ש הרב ז"ל על דברי הנמקי משמע דס"ל שהכונה להרב ללמוד מדברי הרב הנמקי דהבית עצמו המשועבד אין המשכן מוציאו מיד הלוקח ועל זה כתב וכדברי ה"ה שכתבתי בסמוך כלומר דברי ה"ה ז"ל שכתב בשם הרשב"א והן לו יהי כדבריך תמה אני עליך שכתבת ללדברי הרב הנמקי השדה עצמה המשועבדת יש להמשכן דין מכרן ויכול לסלק הלוקח ואפי' למכרן אחר מלוי הסלק וכתבת על זה כמבואר בב"י במקומו ותימא הוא בעיני היכן נתבאר דבר זה בב"י לשיכתוב כבודך שזה מבואר בב"י במעט התבוננות ואנכי הרואה אדרבה איפכא דבפירוש כתב ב"י גבי משכנתא דמשכנתא לית בה דינא דבר מצרא מילתא פסיקתא קתני דאין בה דינא דבר מצרא לא לזה ולא לזה והוא ממש כדברי ה"ה ז"ל שכתב בשם הרמב"ן והרשב"א ז"ל ואע"פ שמהר"יק במהדורין כ"ח גבי והנה נשאלתי

כשאלתי כתב שמדברי הרב הנמקי גבי מריה ארעא ומרי' בתי יש לדקדק שמוכר מוציאה מיד הלוקח לא כתב כן אלא שמדברי נ"י לדעת רש"י ז"ל יש לדקדק כן אבל נ"י סברא דנפשי' אית ליה כדעת הרמב"ן והרשב"א כמו שגילה דעתו גבי משכנתא ואף גם זאת יש לפקפק על הרב ז"ל מ"ש"ל הא ולברחי מן האריכות איני רוצה להאריך בזה ועוד שלא כתב כן אלא לכאורה נראה מדבריו אבל כבר כתב או"כך דנ"י עצמו הסכים לדברי הרשב"א ז"ל

ועוד אפילו שנאמר שדעת הרב ז"ל דמדברי נ"י עצמו יש לדקדק שהשוכר מוציאה מידו שמעינן מינה שהשוכ' מוציאה מיד הלוקח אבל שמוציא' מיד המשכן לא שמעינן מינה וכי עתה הרחיב ה' לנו שדעת הרב הנמקי כדעת הרמב"ן ז"ל אמר מעתה שיפה כתב הרב ז"ל וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך וקאי לשמוכר הבית עצמו הממושכנת אלא שעדיין קשה איך כתב וכ"כ הרא"ש ז"ל שדברי הרא"ש ז"ל אינן ענין לדברי נ"י וכמ"ש ותו איך כתב וכבר כתבתי בסמוך שכן דעת הרמב"ם ז"ל בהדייא בפי"ב מה"ש ובדברי הרמב"ם ז"ל אין להם הכרח לא לצד זה ולא לצד זה גם הרב ז"ל לא ביאר לנו דברי הרמב"ם ז"ל אדרבא נראה מתוך דבריו בב"י שדעת הרמב"ם נוטה לדעת המרדכי • ועוד ע"ז יאמר הרב ז"ל וכ"כ הרמב"ם ז"ל בהדיא ואין לומר דוכן כתב הרמב"ם ז"ל קאי למ"ש הרב הנמקי וכשבית שאצל השכירות נמכר אין שום זכות לשוכר אלא כאינש דעלמא שכן הם דברי הרמב"ם ז"ל לפי מה שפירש בהם הרב ז"ל דרוחק לו' כן חדא שלא הי"ל לומר שכ"כ הרמב"ם ז"ל בהדייא ועוד הגבול דוחק זה לומר שמ"ש הרב ז"ל וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך קאי לחלוקה א' ומ"ש וכ"כ הרמב"ם ז"ל קאי לחלוקה שניה ועוד אם כמו שנראה דעתך שדעת הרב ז"ל ללמוד מדברי נ"י אלו שהממשכן אינה מוציאה מיד אחר למה הביאו מדקדו' דברי נ"י ולא הביאו מפור' מדבריו וכדכתבינן ותו שזה שכתב הרב כן אין כאן מקומו גבי שכירות וגבי משכנתא הי"ל לכתוב דברים אלו ותו אינו עולה בדעת שיאמ' הרב ז"ל וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך והוא על מ"ש בשם הרשב"א וזה אינו סמוך שא מופלג מאשהתחיל עתה בדין השכירות והאריך בו ותו שלדעת זה הטור חולק עם אביו ולמה לא הזכיר זה הרב וכמו שהקשה כ"ת

וקושא דמילתא יודע לכ"ת שאין כונת הרב ז"ל ללמוד מדברי נ"י מה שהבין כבודך אלא כונת הרב ז"ל ללמוד מדברי הרב הנמקי שדין השכירות ודין המשכנתא שוים דכי היכי דמשכנתא לית בה דינא דב"מ הכי נמי שכירו' לית בה דינא דבר מצרא וכל אחד ואחד לפי דרכו מה שפירש במשכנתא לית בה דינא דב"מ יפרש בשכירות וזהו מ"ש הרב ז"ל על דברי נ"י משמע דס"ל דשכירות כו' הוי כמשכנתא דלית בה דינא דב"מ כלו' דשכירות ומשכנת' שוים וכשמכר הבית עצמו הוי כמשכנתא וכשמכר בית שאצל בית השכירות הוי כאינש דעלמא ועל זה כתב וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך וכ"כ הרא"ש וכ"כ הרמב"ם כלומר וכדברי ה"ה שכ' בסמוך דשכירות נלמד מדין משכונא ומה שיש בזה וכן דעת הרא"ש ז"ל דבשכירות כשמוכר הבית לית בה דינא דב"מ וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפי"ב כו' וזה פשוט ומבואר מעצמו לא ידעתי איך נתעלם זה מעיניך ולרווחא דמילתא יש להגיה כך משמע דס"ל דשכירות כשמוכר הבית עצמו וכדברי ה"ה שכתבתי בסמוך וכן דעת הרא"ש ז"ל וכבר כתבתי בסמוך כו' וכשהבית שאצל השכירות נמכר אין שום זכות לשוכר כו'

ותו קשיא ליה לכ"ת במעשה שבא ליד הרב ז"ל בבית וחנות תחתיו שזה הפסק סותר מ"ש למעלה הא לאו קושיא אלימתא היא וצריך נגר ובר נגר דיפרקינה ועוד קשה מאחר שזה הוא פלוגתא דרבוותא הלוקח הוא מוחזק כמ"ש הרב ז"ל ולמה כתב שאם קנה שוכר הבית או החנות או איפכא שמוציאין מידו שוב ראיתי לבעל משפט צדק ח"ב סי' נ"א שהקשה בכל זה והניח הדבר בצ"ע

הגם הלום ראיתי מ"ש ליישב שתי תשובות הרא"ש ז"ל בדינא דבר מצרא בשכירות דסתרי אהדדי ויפה בעיני אבל אודיעך האח שכבר קדמוך בזה רבנן קשישי הרב ז"ל בספר בדק הבית והרא"נח ז"ל בסי' ע"ג וקי"ד ובעל משפט צדק בסי' הנז' דיש לחלק כן אע"פי דיש חילוק מה ביניהם בין תירוץ הרב ז"ל בספר בדק הבית לתי' הרא"נח ז"ל ובעל משפט צדק ז"ל ומן התימא עליך שכתבת שזה דוחק ואני רואה הכל פתוח לרווחה והוי יודע שלפי מ"ש מהרי"ק ז"ל בסעיף כ"ב גבי שכירות אין בו דין המצר אין מקום למה שהקשה הרב ז"ל שבתי תשובות אלו סותרות וז"ל הרב ז"ל שם ומשמע שהרא"ש ז"ל יסכים בדין זה מטעם דשכירות ממכר ליומיה כו' ע"כ

ולכאורה יש לתמוה איך כתבו הרב במסתפק שהרא"ש ז"ל יסכים בדין זה והלא הרא"ש ז"ל סובר דיש בשכירות דד"מ אפילו לענין קדימ' כ"ש לענין אם קדם וקנה שזכה אלא שמוכרח לומר שהרב רצה בדעתו דאע"ג דכתב הרא"ש ז"ל דיש בשכירות דינא דב"מ יש לחלק דהיינו גבי שכירות אחריתי אבל לגבי מכר אין לו דין מצרן כלל וכשהגיע הרב ז"ל לשתי תשובות הרב ז"ל דסתרי אהדדי הניח הדבר בצ"ע ולא זכר שהחילוק הבואר ממ"ש למעלה מלבד שאין דברי הרב ז"ל נכונים בעיני כמו שיראה מתשובות הרא"ש כלל נ"ח יע"ש • וזה חזיתי מה שהקשה כ"ת בסברי' הרשב"א והרא"ש דיש בשכירות דב"מ ומהטעם שכתבו גבי ממשכן ותמהתי הרבה דמה ענין משכנתא לשכירו' דבמשכנת' דהלוה בא ללות מהמלוה שייך טעמא לומר הך נוח לי ממנו כי ירויח לי הזמן ולא יגוש אותי כשיגיע הזמן של פרעון אבל בשכירות דאדרבא השוכר הוא הלוה והמשכיר לוקח מעות מה שייך לומר הך נוח לי כי ירויח לי הזמן ולא יגוש אותי אדרבא המשכיר נוגש לשוכר כשבט עברתו שישלם לו דמי שכירותו וליכא למימר דאף במשכיר שייך לומר דהך נוח לי שישלם לי דמי שכירותו תכף ומיד וזה לא ישלם דזו אינה טענה דליתאהו בדינא ודיינא ויקח דמי שכירותו ורחוק הוא דמשום טענה דשלא יצטרך להעשות עמו בב"ד נאמר דאין בשכירות דד"מ וגם ראיתי ההכרחיות שהבאת להכריח פירוש הרב מהרי"ק הפך מ"ש מהריב"ל ז"ל וכולם יש לדחותם לדעת הרב ז"ל דאי משום שכתב כמו שיתבאר ולא כתב כמו שאבאר הנה מהר"א ששון ז"ל תפש על הרב ז"ל סי' הנז' קרוב לזה ובעיני אין שום תפישה על הרב ז"ל מזה דאדרבא דרכו של הרב ז"ל לומר וכמו שיתבאר בדברי רבינו ז"ל מדלא כתב כן אלא כמו שיתבאר סתם יש מקום לומר שכונתו לו' כמו שיתבאר בדברי שאכתוב לפנינו וההכרח אחר שכתב כ"ת מענין הכונה לא ירדתי לסוף דעת כ"ת בזה דהא דעת הרמב"ם ז"ל במ"ש בגמ' משכנתא לית בה דינא דב"מ מילתא פסיקתא קתני כדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל שהביא ה"ה ז"ל דברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל על דברי הרמב"ם ז"ל וכמ"ש כ"ת וכיון שהרמב"ם ז"ל סובר דמ"ש משכנתא לית בה דד"מ ככלל שאין לממשכן דין בן המצר קרוב הוא לומר דמשם נלמוד דין השכירות שלא הוזכר בגמ' ובאמת תמהתי על מ"ש על זה ערבין טרבא צריך שהרי במשכנתא עצמה לא נתבאר בגמ' דהממשכן אין לו דין מצרן שהרי אשכחן כמה מרבוותא ע"כ היאך נתגלו לכבודך סתרי הגמ' מה שלא נתגלה למהרא"ך ז"ל דלא הוזכר בגמ' דאין לממשכן דין מצרן ולא נאמר איפכא שלא הוזכר בגמ'

בגמ' דיש למשכן דין מקרן או דהכל הוזכר בגמ' דמילתא פסיקתא קתני כדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל ומדברי שאר רבוותא אין קושיא להרמב"ם ז"ל וסיעתו דאטו גברא אגברא קא רמית ועוד מי אמר לנו שת"ש ה"ה זה לא מצאתי מבואר הכונה לומר לא מצאתי זה מבואר בגמ' כדי שיכריח כ"ת הפך מהריב"ל ז"ל ולא נאמר שהכונה לומר לא מצאתי זה מבואר בגמ' ולא בפוסקים אבל כ"ל ק"ו ממשכנתא שכתבו הפוסקים דאין למשכן דין מקרן

והכרח הנ' אשר כתבת לא מכרעא מידי וכו' ולדעת הרב מהרי"ק ז"ל מי ניחא לשמועינן הרמב"ם ז"ל רבותא דשכירות אין בו דינא דב"מ שאין כח המלוה כשאר המקרנים וכ"ש במשכנתא ועוד צריך אני להבין מ"ש דא"כ נמצא הרמב"ם ז"ל חולק עם הרמב"ן והרשב"א ז"ל כפי מ"ש ה"ה ז"ל וזה רחוק מהשכל ודבר שאין לו שחר כלל והוא מן התימא שהרי מהריב"ל ז"ל נסתפק אי ס"ל להרמב"ם ז"ל כרש"י ז"ל והכרח זה לנגד עינין לא עמד כי הדפו ולפי דבריך הי"ל להכריח שהרמב"ם ז"ל לא מצי סבר כרש"י ז"ל מחמת הכרח זה

עוד אני מדבר בזה אכתוב לכ"ת מה שכתב מורי הרב כר"ו בתשובה אחת הכריח בפירוש מהריב"ל מדאמרינן בפרק איזהו נשך ובפרק המקבל מאי משכנתא דשכוניה גביה ופרש"י ז"ל אין שכן קרוב המינו כו' ע"כ אלמא מפני שדר בתוכה ה"ל שכן קרוב יותר משכן שבצדו והיינו דשכוניה גביה שהוא שוכן בתוכה ואינו יכול להוציאו כל ימי המשכנתא ואפילו בשמתא אית ליה שנא ואמאי לא הוי משכר ליומיה השכיר יום שכיר שבוע שכיר חדש שכיר שנה שכיר מקרי והיכי ילפינן מלין משכונא דאית ליה שעבוד בקרקע ושכוניה גביה ע"כ דברי מורי הרב ז"ל ואני מוסיף עוד היאך אמר הרב ז"ל בפשוט דמשכונא אינו דר בה והא מהר"ם ז"ל בתשובה שהביא המרדכי בפרק המקבל והביאו הרב ז"ל בסעיף כ"א כתב דמשכנתא שאמרו בגמ' לית בה דינא דבר מצרא בדר בתוכה איירי אבל אם אינו דר בתוכה לא מקרי שכוניה גבי ע"כ ואע"פי שכתב הרב ז"ל שאין זה מוכרח מ"מ לא מצינו לפוסקים הפך זה וזה נר' דעת הרא"ש ז"ל שסובר כדעת מהר"ם ז"ל רבו דלא מקרי משכנתא אלא בדר בה אבל לא באינו דר בה ובשביל זה דעת הרא"ש ז"ל דמשכנתא עדיפא משכירות שהרי סובר הרב ז"ל דלמשכן יש דין מקרן ולשוכר אין דין מקרן לענין אם נמכר שדה הממושכנת אצלו והיינו טעמא מפני שסובר דשכירות' גריע ממשכנתא ועיין בהרא"ש ז"ל סי' פ"ג ומ"מ תמה אני על מהריב"ל ז"ל שהוכיח דשכירות גרע ממשכנתא מדברי ה"ה ז"ל שאין הדבר ברור כ"כ אדרבא יש לפרש דבריו בהפך כמו שפירשו הרבנים הנז' ולא הכריח הדבר מדברי הרא"ש ז"ל שהדבר יתד תקועה שלא תמוט והנראה דכיון דהרב ז"ל לא ירד לחלק בין שתי תשובות הרא"ש ז"ל החילוק שכתבתי לא רצה להכריח זה מדברי הרא"ש ז"ל שהרא"ש ז"ל סותר את עצמו בשתי תשובות אלו ולא ידעינן הי מינייהו עיקר

ואל זה אביט מה שהקשה כבודך על מה שנסתפק מהריב"ל ז"ל בהבנת דברי הרשב"א ז"ל דדבר זה הוא מבואר בתשובת הרשב"א ז"ל שהעתיק הרב ז"ל בסמוך ע"כ והן אמת שדבריך טובים ונכוחים אבל מה נעשה שאין לנו לתלות ברב גדול כמוהו שכשהעתיק תשובת הרשב"א ז"ל לא זכר מ"ש בסמוך וישכחהו אשר על כן אני אומר דאולי הרב ז"ל הכריח הדבר מכח הסברא ולא מתשובת הרשב"א ז"ל מפני שאיפשר שמ"ש הרשב"א ז"ל אין לו דין בן המצר על בן המצר שבא לקנות קאמר ודוחק ואשר אני אחזה לי ליושב האמת שט"ס נפל בתשובת מהריב"ל ז"ל שהעתיק שם

מהריב"ל ז"ל ויש לתמוה שהרי כתבנו שהרשב"א ז"ל ס"ל דלא מצי בעל המשכנתא לסלוקי למי שקנה קרקע שהוא ממושכן אצלו וכן כתב בהדייא בתשובה וז"ל וכן בעל המשכונא אין לו דין בן המצר על מי שבא לקנות קרקע שהוא ממושכן אצלו ע"כ וזה מוכרח לפי ע"ד מדברי הרב ז"ל ומדברי הרשב"א ז"ל מדברי הרב ז"ל שאם הגירסא שהביא הרב ז"ל היא אמיתית יש לתמוה על הרב ז"ל שהוצרך להכריח כן לדעת הרשב"א ז"ל מסברא דנכסיה בשדה הסמוך למשכונא שאיפשר לדוחה לדחותה והוצרך להביא תשובת הרשב"א ז"ל ולא הביא מ"ש ה"ה ז"ל בשם הרשב"א ז"ל בפירוש במשכנתא עצמה שהוא ממש בהפך למ"ש הרשב"א ז"ל דשכירות אית ביה משום דינא דבר מצרא מדברי הרשב"א ז"ל שאם הגירסא זאת אמיתית יקשה עליו למה נקט דינו בשדה הסמוכה למשכונא דמשמע דדוקא בשדה הסמוכה למשכונא אין לו דין בן המצר אבל במשכנתא עצמה יש לו דין בן המצר וזה אינו כמבואר ועדיפא מילה היה לו לרב ז"ל להשמיענו במשכונא עצמה אשר מכח הכרחיות אלו נראה שצריך להגיה בדברי הרב ז"ל כמ"ש ונסתלקו תמיהות כבודך על הרב ז"ל

ופניתי אני אל מ"ש כ"ת בפירוש דברי מהריב"ל ז"ל להצילו מטענות מהרמ"ך ז"ל שטען עליו והטענין נכון מעלתו אמנם הכל הלבון אין דברי מהריב"ל מורים כפירוש זה שכתב אי ס"ל כהרשב"א ז"ל במ"ש דמשכנתא לית בה דינא דבר מצרא ס"ל כהרשב"א במ"ש שאם אחד מבני המצר מכר למלוה כו' ע"כ ולפי דברי כ"ת ה"ל לומר ס"ל כהרשב"א ז"ל בשדה הסמוכה כו' ומ"מ הדברים מתוקי' וכבר כתבתי לעיל מה שאני חושב בביאור דברי מהריב"ל ז"ל ובעיני הוא כפתור ופרח ועל הרב מהרמ"ך ז"ל שכתב דהא סברת יש מי שחלק היינו אפי' דבההיא דמשכנתא לית בה דינא דבר מצרא ס"ל כהרשב"א ז"ל שהיא הסברא שמגרעת יותר כח הממשכן ע"כ תמהתי האן לימא לן דהכי הוא ולא נאמר דסברת יש מי שחלק סובר כדעת רש"י ז"ל מהטעם שכתבתי למעלה ולפי דעתי ויש מי שחלק שכתב ה"ה ז"ל קאי גם אלפני דלפני שהוא כתב בשם הרשב"א ז"ל דאין הממשכן יכול לעכב ללוה למכור שדהו לבן המצר או לאחר עוד כתב בשמו שאם אחד מבני המצר כו' ועל זה כתב ויש מי שחלק כלומר וסובר דבשדה הממושכן עצמו כשם שיש לממשכן דין בן המצר שאין בן המצר מוציא מידו כך יש לו דין בן המצר להוציא השדה מיד אחר דהא בהא תליא וכן בשדה הסמוך למשכונא כיון שאין כח ביד הממשכן להוציאו מאחר ה"נ אין לו כח להעמיד השדה בידו נגד בן המצר

גם את זה לעומת זה ראיתי מ"ש כ"ת ליישב דברי מהרי"בל ז"ל מתה שהקשה עליו מהרמ"ך ז"ל דהשתא יתיבא בארעא וגיורא בשמי שמיא והם דברים כנים ואמתיים וזו היא סברת בעל העיטור כמ"ש כ"ת אבל מדברי הרב הנמקי גבי ארעא דחד ובתי דחד לפי ע"ד אין כאן הכרח שמהרמ"ך יסבור שהרב הנמקי סובר כדעת רה"י שאם קדם המקרן וקנה אין הממשכן מוציאה מידו כדעת הריטב"א ז"ל וכמ"ש למעל' ובהכי ניחא שלא השיגוהו מהרי"בל ומהרמ"ך ז"ל בדברי הרב הנמקי וכמו שתמה כ"ת וניחא נמי שאין מדברי הנמקי סמך לומר דיתיבא בארעא וגיורא בשמי שמיא כדעת מהרי"בל ולא תמה מהרמ"ך על מהרי"בל ז"ל אלא מפני שאמר שאף דעת הרמ"בם דבשדה הממושכן עצמו אם קנאה מקרן הממשכן מוציאה מידו נצטרך לומר דסובר כיש מי שחלק ובשדה הסמוכה למשכונא המקרן מוציאה מיד הממשכן וזה נראה כיתיבא בארעא וגיורא בשמי שמיא אבל אם נאמר דס"ל דבשדה הממושכן עצמו אם קנאה המקרן המלוה מוציאה מידו וכ"ש אם קנא' אחר

ובשדה

ובשדה המשוכה אם קנאה המצרן אין הממשכן מוציאה מידו ואם קנאה הממשכן אין המצרן מוציאה מידו או אם נאמר דבשדה הממושכן עצמו אם קנאה המצרן אין המלוה מוציאה מידו אבל אם קנאה אחר מוציאין אותה מידו ובשדה המשוכה אם קנאה הממשכן המצרן מוציאה מידו אין כאן תמיהא דלא דמי שדה המשוכה למשכונא לממושכנת עצמה ולעולם נחתינן בה דרגא תרע להכי הוא שהרי מהרש״ך ז״ל הבין בדעת מהרי״ק ז״ל שסובר כדעת הרמ״בם ז״ל דבשדה עצמו הממושכן אם קנאה אחר הממשכן מוציאה מידו ובשדה המשוכה למשכונא שהמצרן מסלקו ליד הממשכן ולא הקשה עליו וכי יכיבא בארעא וניורא בשמי שמיא כדרך שהקשה על מהרי״בל ז״ל מפני שכיון שדעת הרמ״בם ז״ל דבשדה הממושכנת עצמה אין הממשכן מוציא מיד המצרן בשדה המשוכה נחתינן דרגא והמצרן מוציאה מיד הממשכן וזה ברור •

אבל מה שיש לתמוה על מהרי״בל ז״ל במ״ש איברא דלדעת רש״י ז״ל כו׳ ע״כ חדא שכתב שרש״י ז״ל ס״ל דבעל המשכנתא מצי לסלוקי לאדם אחר ועדיפא מינה הי״ל לומר דהממשכן מסלק למצרן כמ״ש למעלה כדעת רש״י ז״ל ואת שנית שהרב הנמקי כתב בהפך זה ועוד שהרב ז״ל עצמו כתב למטה בהפך וכ״ל שצריך להגיה בדברי הרב ז״ל איברא דלדעת רש״י דס״ל דבעל המשכנתא מצי לסלוקי למצרן מצינן למימר דהכי נמי מצי לסלוקי בשדה המשוכה למשכנתא אם מכרה לאחר שאינו בן המצר ע״כ והן הן הדברים שכתב למטה וניחא הכל ומדקדוק הלשון נראה זה אמת ויציב שסיים הרב ז״ל דברין הכי נמי מצי לסלוקי בשדה המשוכה למשכונא אם מכרה לאחר שאינו בן המצר דמשמע דמשום דבשדה הממושכן עצמו מיירי במצרן הוצרך לבאר בשדה המשוכה שאינה מוציאה אלא מיד אחר שאינו בן המצר אבל אי עד השתא בשדה הממושכן עצמו היה מדבר באדם אחר ולא בבן המצר הי״ל לומר הכי נמי מצי לסלוקי בשדה המשוכה למשכנתא ותו לא ובודאי דהאחר שהוזכר למעלה קאי אלא ודאי כמ״ש וזה בעיני דקדוק נאה ואמתי ואם נראה לו׳ אפי׳ בלא הג״הה דמ״ש בשדה הממושכן אם מכרה לאדם אחר הכונה לומר אפי׳ למצרן דמצרן לגבי ממשכן אחר קרי ליה ולזה הוצרך לבאר בשדה המשוכה למשכנתא שאם מכרה לאחר שאינו בן המצר מה. טוב ומה נעים •

ומ״ש כבודך שדברי בעל הטורים ז״ל הם כדעת מהרי״בל ז״ל ותמה על מהרש״ך ז״ל שלא סייע סברתו מדברי הטור יש להליץ בעד הרב ז״ל שסובר כדברי הטור ז״ל דאפי׳ קדם וקנה אחר אין הממשכן מוציאה מידו כמ״ש למעלה ועם זה מה שהכרחת מדברי הר״י ברצלוני שלא כדעת מהרי״בל ז״ל אין כאן הכרח דוק ותשכח ועוד איפשר שיפר׳ דברי הר״י כמו שפירשם מהרש״ך ז״ל ולפירושו אין מדבריו ראיה לזה ההכרח

ועתה אבא למה שפירש כבודך בדברי הר״י ברצלוני ז״ל ומה שהקשה על מהרש״ך ז״ל ראשונה אומר שמה שפירש כ״ת בדברי הר״י ז״ל הגם שרב וגדול שמרא אתרו הלא הוא הרב המובהק מהר״א ששון ז״ל בסי׳ קכ״ו לפי ע״ד אין לו שחר דמהיכא תיתי שאם קדם המצרן שהאשה או היתום יוציאו מידו שהוצרך הר״י להשמיענו זה וכי היעלה על לב אנוש שהאשה והיתום מוציאין מיד המצרן ל...יהא אלא אחר שלקח אפי׳ שאינו מצרן כשיטא ופשיטא שאין האשה והיתום מוציאין מידו ואם יש ליישב פירוש זה הוא שנאמר דמאי דקאמר כגון לאשה וליתמי באשה ויתמי שהם ג״כ מצרנין והיה עולה בדעת שאפי׳ קנה המצרן יוציאו מידו מטעם שהם מצרנים ויש להם עדיפות שהם אשה ויתמי לזה בא הר״י ואמר שאפי׳ שהם מצרנין אם קדם המצרן וקנה זכה שלא העדיפו כחם אלא בקנו הם תחלה אבל לא בקנה המצרן תחלה ועיין בתשובות דשייכי שהביא מהר״א ששון ז״ל ויראה כ״ת שיש לפירוש הזה קיום והעמדה אבל אין זה נכון בעיני שהרי הר״י לא הביא אלא דברי הגמ׳ ופשט דברי הגמ׳ בשאינם מצרנין כו׳ ותו קשיא לי על כבודך שהקשה על מהרש״ך ז״ל איך יפרש מלת ולשותפין ואדרב׳ לדידך קשה טפי דלפירוש הרב ז״ל נוכל לומר דאע״ג דמצרן שקנה שותף מסלקו בעלים הראשונים שקנו אין שותף מסלקו אבל לפירושך קשה דיוכא לנו מדברי הר״י ז״ל שמצרן שקנה אין השותף מסלקו ובביאור כתב הטור בשם הר״י ז״ל שהשותף מסלק למצרן אלא מאי אית לך למימר שש״ר יהודה המוזכר גבי שותף בדברי הטור אינו הר״י ברצלוני המוזכר גבי בעלים הראשונים או דלעיל מיירי בשותף שיש בו חלק בגוף השדה והכא מיירי בשותף שאין לו חלק בגוף השדה כמ״ש כל זה מהר״א ששון ז״ל בסי׳ הנז׳ אף אנו נאמר כן לדברי מהרש״ך ז״ל ולא יקשה עליו כלום

וקשית קשה לי שמדברי הרב בעל הטורי׳ נראה שהסכים לדברי הר״י ברצלוני דכל מקום שנאמר לית דינא דבר מצרא אם קדם המצרן וקנה זכה ושו גבי משכנתא כר׳מדבריו שהסכים לדעת אביו הרא״ש ז״ל במ״ש דהממשכן מוצי׳ מיד המצרן ואמאי כיון דאמרו ליתא לדבר מצרא הדין נותן שאם קדם המצרן זכה כמ״ש בשם הר״י ברצלוני ונראה דעתו מסכמת לזה כמ״ש וכ״ל שלא אמר הר״י ברצלוני דכל היכא דאמרינן לית דינא דבר מצרא אם קדם מצרן וקנה זכה אלא דוקא בבעלים הראשונים ואשה ויתמי ושותפין אבל במשכנתא אפי׳ קדם וקנה המצרן הממשכן מסלקו וטעמא דמילתא דדוקא בבעלים הראשונים ואשה ויתמי ושותפין שאין להם חלק בגוף השדה אם קדם מצרן וקנה זכה אבל במשכנת׳ דשכוניה גביה שכולה שכונה בידו אם קנאה המצרן המלוה מוציאה מידו ודקדקתי זה מדברי הר״י ז״ל שהעתיק הטור כלשון הזה וכן נמי כל היכא דאמרינן אין בו דינא דבר מצרא כגון לאשה וליתמי ולשותפין ומדפרט הכי ולא אמר סתם וכן כל היכא דאמרינן אין בו דינא דבר מצרא נראה ברור שר״ל דדוקא בהני הדין כן אבל במשכנתא אין הדין כן אלא המלוה מוציא השדה מיד המצרן ולפי האמור אין בדברי הר״י ברצלוני ז״ל הכרח למה שרצה כ״ת להכריח מדבריו דוק לולי שנאמר לפי דעת כ״ת שהר״י ברצלוני אמר דינו אפי׳ במשכנתא אלא שהטור כיון שדעתו דבמשכנתא המלוה מוציא מיד הלוקח הוסיף על דברי הר״י ז״ל כגון לאשה וליתמי ולשותפין ואין זה במשמע דברי הטור ז״ל

ומה שפלפל כבודך בדברי מהרש״ך ז״ל בפירוש תשובת הרשב״א ז״ל הטבת לראות גם מ״ש כבודך לתרץ קו׳ מהריב״ל ז״ל להרא״ש ז״ל גבי ארעא דחד וביתי דחד טעמו ונמוקו עמו אבל יש לגמגם קצת שאין מדברי הרב הנמקי ז״ל ראיות תעלה אלא למשכנתא לא לשכירות ועיין במהר״א ששון ז״ל סימן קכ״ו שתי׳ באופן אחר

וראיתי אני מה שהוקשה לכ״ת בדברי הרב הנמקי שכ׳ ולכ״ע שהרי הרב המגיד כתב הפך זה בשם הרשב״א ז״ל ע״כ ואני תמיה בזה וכי מפני שאמר כ״י ולכ״ע יכלול דעות כל המפרשים עד שיקשה לכ״ת שהרשב״א ז״ל כתב בהפך וכונת כ״י לומר ולכ״ע בין לסברת רש״י ז״ל בין לסברת המפרשים שהזכרתי למעלה אבל אם הרשב״א ז״ל כתב הפך זה לא דבר בזה כ״י ואפשר שהרב הנמקי לא ראה סברת הרשב״א ז״ל מעולם אבל מה שנתקשה אנלי בכ״י

כעין

בעין זה הוא מ"ש ביבמות ולכ"ע מיהת כו' וכמ"ש בחלק א"ה סימן זהו מה שראיתי להשתעשע בדברי כ"ת הנחמדים מזהב ומפז ואתה תגיל בה' כנפשך החכמה וכנפש נאמן אהבתך הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה •

סימן קי"ו

מה שהשיב לי החכם הנזכר שנת השל"ב

פרי צדיק עץ חיים ולוקח נפשות חכם עדיף מנביא וחוזה השם הרים כאבני ניר וטוחנן זה בזה מזה בן מזה החכם המרומם שלשלת היחש והמעלה כמה"ר חיים בנבנשת נר"ו אחרי התפלה והתהלה לפני שוכן משנה מגיני ארץ מאד נעלה יעלהו גם עלה על גפי מרומי ההצלחות גשמיות ורוחניות העולות על כל שכיות החמדה כנפשו החכמה והמלאה דעת ויראת ה' אותותי אלה להודיע ולהגיד למעכ"ת איך הגיעוני קונטריסך וה' יודע ועד כמה שמחה בלבי אחרי ראותי את פניך אור פני מלך חיים מתוק האור מה מתוק מדבש וכל רז לא אניס לכ"ת באחרי מלפולי דברי הפוסקים אחרונים וקדמונים הן אמת שרוב אלו הפוסקים האחרונים שהזכיר כ"ת הלא הם הרב בעל מאירת עינים והרב בעל תנא דבי אליהו ז"ל וא"ב מפסקי מהר"ם מלמד ז"ל אינם מצויות בידי וכן ספר בדק הבית אינינו אתי אמנם עתה לקחתיו מושאל מאחרים כדי לעמוד על דבריו אבל הפוסקים האחרים הבאים בדברי כ"ת הנה הנם בכלל המון ספרי הנחמדים לי אשר חנני אלהים ועפ"כ לא השגתי לחפש אחריהם כיון שלא היה הדבר נוגע למעשה רק פלפול על דברי הרבנים המובהקים המאו' הגדולים מהריב"ל ומהרי"ק ומהרש"ך ז"ל שהם פוסקים מפורסמים אמנם כ"ת לא הניח מקום שלא בדק וחפש חיפוש מחיפוש וחפוש מנר אפריין במטייה למעכ"ת ואחר הגעתי זאת הודיע לכ"ת שלולי שאהבתך גברה עלי מאד ואלפתני לצאת ממחילתי לא הייתי מטפל עצמי ומטריח דעתי לחזור עוד ולעיין בדבר הזה כי הדבר באמת קשה עלי כטינא בר טינא דקשה מטינא כי זה כמה שעברתי מהם והדברים נשתכחו מהלב נוסף על זה עוד סיבות וטירדות אחרות שאין הזמן נותן לנו מקום לעשות כרצון איש ואיש ומה אעשה שאהב' מקלקלת השורה וזה חזיתי ואספרה תשובה ערוכה בכל ושמורה על דברי מעכ"ת

תחלת דברי כ"ת שבראותך דברי בעה"ע בה' מצרנות תמהת דנראה לדברי הרב בעל העיטור אינן שנזולא לדברי הטור ולא לדברי הרמב"ן ז"ל ולא דבר בעה"ע אלא במצרן עם המלוה כו' ולזה אני אומר דאי מהא לא קשיא ולא מידי ואינצורך להשיב על זה מ"ש דהרב מהרי"ק הולך לסברתו במ"ש כו' דאע"ג דהרב בעל העיטור לא כתב כדברי הרמב"ן ז"ל מ"מ אין ספק שהוסיף על דבריו ובכלל דברי הבעה"ע ישנן בואי לדברי הרמב"ן ז"ל ושפיר מצי למימר הרב מהרי"ק ז"ל אחר דברי הרמב"ן ז"ל וכ"כ העיטור

אמנם מה שיש לדקדק על הרב מהרי"ק ז"ל בזה נוסף מ"ש בפעם א' הוא דאיך כתב על דברי הטור ז"ל דכן משמע מדברי הרמב"ן ז"ל שכתבו הר"ן והנמקי ז"ל ולכאורה נראה דאין מדברי הרמב"ן הכרח כלל שהרי נר' מדברי הטור דלוה מעכב על המלוה כו' הוא אפילו אם קדם מלוה וקנה דאתי לוה ומוציאה מידו כמו שנראה מבאר מתוך מ"ש בסמוך היכא דאין הלוה חפץ בה דאם קדם וקנה מלוה זכה דמשמע בהיא דהיכא דהלוה חפץ בה אפי' קדם וקנה נמי לא זכה

ואם הדבר כן נראה דאין מדברי הרמב"ן ז"ל הכרח לדין זה דעכ"פ לא קאמר הרמב"ן ז"ל דאין המשכן יכול לסלקו היינו היכא שקדם אחר וקנה וכ"ש לוה והמצרן אבל אם קדם מלוה וקנה לעולם דאין הלוה יכול לסלקו דלא עדיף לוה משאר מצרנים דס"ל להרמב"ן ז"ל דאם קדם מלוה וקנה דאין יכולין לסלקו וזה דקדוק נכון בדברי מהרי"ק ז"ל ובזה אנו צריכין לתרץ ולומר שהרב ז"ל הולך לסברתו שכתב לקמן בסמוך על דברי הרמב"ן ז"ל וק"ל ז ואחרי זה אומר דמ"ש כ"ת דכונת מהרי"ק ז"ל במה שאמר אחר דברי העיטור ואע"פ שכתב דאיכא מאן דפליג דלא קאי על לדברי הטור אלא על דברי הרמב"ן ז"ל דאינו מחוור מתרי טעמי חדא דמפשט דברי הרב ז"ל אין נראה כן שהרי על דברי הטור כתב שכן משמע מדברי הרמב"ן ז"ל ושכן כ' הרב בעל העיטור ועל זה אמר תכף ומיד דאיכא מאן דפליג משמע לכוס ריהטא דהאי ליסנא דמאן דפליג פליג נמי עם הטור שדבריו הם כדברי הרמב"ן ובע"ה ותו דאם איתא דמאן דפליג לא פליג עם הטור למאי הלכתא כתב כן מהרי"ק הכא ומה ענין זה לכאן דאין ענין זה לדברי הטור דקאי בהו הרב ז"ל השתא ועיקר מחלוקת זה שייך טפי באידך גבא דשייך לקמן דוק ותשכח

והנה ראיתי מה שדקדק כ"ת על הרב ז"ל במאי דכתב דלא חיישינן לסברת מאן דפליג דלמה זה דהטור והר"י ברצלוני קיימי בסברת מאן דפליג כו' וברור הוא שגם זה בכלל מה שהקשיתי על הרב ז"ל וכ"ת כתב לתרץ זה שמהרי"ק ז"ל סובר דמאי דכתב הטור דיש למלוה דין מצרן היינו דוקא כשבאים לקנות שנותנים למלוה דין קדימה אבל אם קדם אחר וקנה זכה ורצה כ"ת לדקדק זה מיתור דברי הטור שכתב ואם קדם וקנה זכה וכן הביא סעד לזה מדברי הטור ס"ה וכתב ג"כ שהסמ"ע הסכים ג"כ בזה

ואני בעותי אלך ואומר בשעות דאין להשם לזה לדברי הסמ"ע נטעמים כודקים ומספיקים דאשונה אומר שלא ימצא שכל מעיין קטון וגדול שיסבול דוחק כזה שהרב מהרי"ק ז"ל יכתוב בפשיטות הפך דעת הטור כמו שאנו צריכים לומר לדעת הרב הנז' ולא יחוש הרב מהרי"ק ז"ל אפילו להזכיר ולומר שהטור חולק עליו זה נראה דבר מתמיה ותכהיל אבלי ונראה לע"ד לומר שמעולם לא אמר הסמ"ע שיהא זה דעת מהרי"ק ז"ל כמ"ש כ"ת אלא אם אמר הרב ז"ל כן היינו מסברא דידיה בדברי הטור כך נראה בעיני אף על פי שהספר הנז' אינו מצוי בידי כעת

וזאת שנית שהרי הרמב"ן ז"ל שכתב דאם קנאה אחר דאין המצרן מוציאה מידו היינו טעמו משום דס"ל דמאי דאמרינן בגמרא משכנתא לית בה דינא דבר מצרא במילתא פסיקתא קאמר לא למצרן ולא למשכן והטור פליג בזה בפירוש עם הרמב"ן ז"ל בשכ"ח בדין המשכנתא וא"כ בקרקע הסמוכה לה נמי אי סבר הטור דיש למלוה דין מצרן לכל מילי הוא ומהיכא תיתי לן לפלוגי בהכי כיון דלא אשכחן מצרן להכאין ומאן פלג ליה כי אב הרמב"ן ז"ל והרי הטור לא באר בזה בסעיף פ"ח בדין המשכנתא עצמה וה"ה והוא הטעם בקרקע הסמוכה לה וזה יושר דברי אמת

ועוד אחרת יש שקולה בעיני כנגד כולם ואין לערער אחריה כלל שהרי הטור ז"ל סכ"ג כתב בהדיא דאם יש לו דין מצרן לענין אם קדם אין המצרן יכול לסלקו דיש לו דין מצרן ג"כ לענין דאם קנה אחר דמוציאה מיד ע"ש ולפי דעתי שגם הרמב"ן ז"ל מודה לדברי הטור סכ"ג ודוקא במשכנתא הוא דסבר הרמב"ן ז"ל דיש לחלק בזה דליסנא דגמרא דייקא למימר הכי וא"כ כיון דהטור לא

דייק לישנא דגמ' כדברי הרמב"ן ז"ל נשאר הדבר למ"ש בסכ"ג ודעת הטור הפך דעת הרמב"ן ז"ל בכל מכל כל שלא כדברי הסמ"ע כך נר' לע"ד

עוד ראיתי מ"ש כ"ת שמ"ש מהרי"ק ז"ל סעיף כ"ב אחר דברי הרמב"ם ז"ל ונראה דלפי זה ה"ה אם מכרה לאחר שהשוכ' מוציאה מידו מטעם דינא דבר מצרא כו' דלאו לסברת הרמב"ם ז"ל קאי כמו שהבין הרב הכהן הגדול ז"ל בח"א סימן מ"ג שהרי בספר בדק הבית כתב מהרי"ק ז"ל בהפך שדעת הרמב"ם כהרמב"ן ז"ל כו' • ולע"ד נראה שהדין עם מהרש"ך בזה שמן הידוע הוא שמהרי"ק בספר ב"י מ"ש סעיף כ"ב על פי מה שהכיח לעיל דברי הרמב"ם ז"ל סעיף כ"א הולך סובב בלי ספק ומ"ש בספר ב"ה סותר בבירור למ"ש בספר ב"י ואין להפליא על הרב ז"ל מזה שכל עיקר דברי הספר הנז' הוא להחזיק את בדק הבית אשר בנה על ד' טורים משכונות יתרות ושברות הפוכות שחזר מהם הרב ז"ל כמבואר כל זה בפתיחת הספר הנז' והאריכות בזה מותר ויפה תפש עליו מהרש"ך ז"ל ודברי הרב ז"ל נכוחים למבין וישרים למוצאי דעת כי שפתי הרב הכהן ז"ל ישמרו דעת • ובזה אין מקום לתמיהת כ"ת במ"ש בספר בדק הבית על דברי הרמב"ם ז"ל עם מ"ש בספר ב"י וזה פשוט מאד והמפקפק בזה מן המתמיהים

ולא יכולתי להבין מ"ש כ"ת עוד בזה שמהרש"ך והרב בעל לח"מ תפשו על מהרי"ק ז"ל במ"ש סעיף כ"א על דברי הרמב"ם ז"ל אף בהנחה מונחת שסובר הרב דבשדה הממושכן עצמה אפילו קנאה אחר הממשכן מוציאה מידו כי לא מצאתי להנחה זו ידים מוכיחות בספריהם ואדרבא נראה מדברי מהרש"ך ז"ל דבין בשדה הממושכן עצמה בין בשדה הסמוכה למשכנתא תפש על הרב דוק לשון המתחיל כדברי הרב ז"ל ונראה לע"ד שיש לדחות כל דברי הרב הגדול ז"ל בין לענין שדה הממושכן בין לענין שדה הסמוכה למשכונא ויראה כ"ת שמ"ש הוא אמת וקיים יע"ש •

הנה הלום ראיתי מ"ש כ"ת על זה דלפי סברתם בדעת הרמב"ם ז"ל לא קשיא ולא מידי והטעם שאם דעת הרשב"א ז"ל דבשדה הממושכן אכלו יש לו דין בן המצר מכל וכל יפה הכריח הרב ז"ל לדעת הרמב"ם בשדה הסמוכ' למשכנת' שאם קנאה הממשכן שבן המצר מוציאה מידו ע"כ דברי כ"ת ואתמהא טובא שהרי כתב בתחלת קונטריסו וכתבתיו לעיל שהרב מהרי"ק ז"ל סובר בדעת הטור דלא ילפינן שדה הסמוכה למשכנתא משכנתא גופה בדין זה וכתב ג"כ כ"ת שהסמ"ע נמי ס"ל בדעת הטור כן וא"כ נראה דלאו הא בהא תליא ואין ללמוד זה מזה לדעת הפך רבותא וכיון שכן צדקו יחדיו מהרש"ך והרא"ב ז"ל במה שתפשו על מהרי"ק בזה

וגם ראיתי מ"ש כ"ת אחר זה וז"ל ואל הדעת הזה נטה רבינו המופלג בחכמה מהריב"ל ז"ל שכתב בח"ב סימן הנז' והרמב"ם ז"ל שכתב כו' שהרצון אליו בדברים אלו שאם דעת הרמב"ם ז"ל בשדה הממושכן כדעת הרשב"א ז"ל דמילתא פסיקתא קתני ולאו הא בהא תליא ה"ה נמי שסובר כדעת הרשב"א ז"ל בשדה הסמוכה למשכונה דאע"ג דאין לממשכן דין בין המצר אם קנאה אין בן המצר מוציאה מידו דלאו הא בהא תליא כדין שדה הממושכן אבל אי ס"ל להרמב"ם ז"ל כדעת רש"י ז"ל בשדה הממושכן דהא בהא תליא נצטרך לומר שדעת הרמב"ם ז"ל כיש מי שחלק דבשדה הסמוכה למשכונא אם קנאה הממושכן בן המצר מוציאה מידו דהא בהא תליא וכיון דכתב הרמב"ם ז"ל שאם קנאה אחר אין מוציאין אותה מידו ודאי דס"ל דאםקנאה הממשכן בן המצר מוציאה מידו כיש מי שחלק שאם הי"ל דין בן המצר בזה הי"ל דין בן המצר להוציאה מיד הלוקח דהא בהא תליא כמ"ש הרב ז"ל בב"י וזה נלע"ד כפתור ופרח בדברי מהריב"ל עכ"ד כ"ת •

ואני עני וכואב נלע"ד דדברים אלו אין להם טעם ולא ריח והם דברים טפלים מבלי מלח והטעם שנראה מדברי כ"ת שהוא מפרש מ"ש מהריב"ל ז"ל ס"ל כמי כהרשב"א ז"ל דאינו לשון אפשרי כמ"ש אני ההדיוט אלא לשון חיובי כמו שהבין מהרש"ך ז"ל ובחיי ראשי נפלאתי על זה הפלא ופלא שאין מובן לדברי כ"ת כלל ועיקר שאם כ"ת תוקע עצמו בזה אין המלט מקו' מהרש"ך בשום צד בעולם

וזה דאפשר לומר דהרמב"ם ס"ל כהרשב"א ז"ל במאי דקאמר משכנתא לית בה דינא דבר מצרא ואע"פ כן אינו מוכרח שיסבור כוותיה ג"כ בשדה הסמוכה אלא כיש מי שחלק עם הרשב"א ז"ל שהרי גם יש מי שחלק מפרש משכנתא לית בה דינא דבר מצרא כדברי הרשב"א ז"ל ואפ"ה בשדה הסמוכה למשכנתא פליג עם הרשב"א ז"ל וס"ל דאין לממשכן שייכות כלל בשדה הסמוכה למשכונא והרמב"ם ז"ל ג"כ אף אם נאמר דמפרש משכנתא כדברי הרשב"א שלא נחלקו בזה עליו היש מי שחלק אינו מוכרח דבשדה הסמוכה למשכונא סבר נמי כהרשב"א ז"ל אלא כיש מי שחלק והרמב"ם ז"ל והיש מי שחלק אחים ולא יתפרדו בזה לעולם וכל זה מבואר יפה בדברי מהרש"ך למתבונן בדברי הרב ז"ל

והנה עיני כ"ת רואות שהרב המובהק מהר"א ששון ז"ל אע"פ שהגיה בדברי הרב מהריב"ל ז"ל לא נטה ימין ושמאל במה שפירשתי אני הצעיר בדברי הרב ז"ל מבלי מכשול וטעות בדברי הרב ז"ל כלל ועיקר לפי שלבו ראה שא"א לפרש דברי הרב ז"ל באופן אחר מזה ולא יקשה בו מה שהקשה הרב מהרש"ך ז"ל • ומעתה התימא שתמה כ"ת על מהרש"ך ומהר"א ששון ז"ל שלא עמדו בסוד מהריב"ל ז"ל נהפוך הוא באמת שהתמיהה גדולה היא על עצמך שנפל במה שברח ולא השגיח בדברי מהרש"ך ז"ל והוא באמת כלא וראוי להפליא עליו כו'

עוד אני מוסיף להפלי' במ"ש כ"ת על דברי הרב בס' הקצר בדינים אלו דבסעיף כ"ח בדין שדה הסמוכה למשכנתא כתב הרב ז"ל דאין למלוה דין מצרן כלל ובסעיף כ"ז כתב בשדה הממושכן עצמו דאם קנאה הממשכן אין המצרן מוציאה מידו ואם קנאה אחר גם כן דאין הממשכן יכול לסלקו וכתב כ"ת ואתמהה טובא אם אין המלוה יכול להוציאה מידו של לוקח יוציאנה בן המצר מיד המלוה דהא בהא תליא כמ"ש בשדה הסמוכה למשכונא עכ"ל אות באות ונפשי נבהלה מאד איך לא השגיח כ"ת שזה טעות מפורסם ומה לתבן את הבר שכ"ת מדמה שדה הסמוכה למשכנתא לדין משכנתא עצמה וההפרש ביניהם עצום ורב כמו שנאמר בדברי הרב המגיד ז"ל בפי"ב שכתב דיש מי שחלק עם הרשב"א ז"ל וסובר דאין למלוה דין מצרן כלל בשדה הסמוכה למשכונא וכן דעת בעל העיטור בהלכות מצרנות מעתה מה זו שאלה אשר הקשית לשאול בדברי הרב ז"ל שהרי הרב ז"ל פסק כיש מי שחלק עם הרשב"א ז"ל והיא ג"כ סברת בעל העיטור כמ"ש וזהו הדין שכתב בסעיף כ"ח דאין למלוה דין מצרן כלל אבל מ"ש לעיל סכ"ז הוא בשדה הממושכן עצמה ולכן פסק דאם קנאה הממשכן דאין המצרן מסלקו דהיינו מאי דאמרינן בגמ' משכנתא לית בה דינא דבר מצרן ומיהו פסק וכתב נמי דאם בא אחר וקדם דזכה כדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל דכתבו כן דמילתא פסיקתא קתני

והרב

והרב ז"ל כתב כדברי המקל בזה ובדין דלקמן מכח הטעם הידוע דהלוקח מוחזק והמע"ה והרי דברי הרב ז"ל מחוורים וברורים במעט התבוננות. לא ידעתי מה היה שהוקשה לכ"ת מה שהק' על הרב ז"ל

עוד כתב כ"ת מעתה ומעכשיו אבא להתוכח עם כ"ת שכתב שדעת רש"י ז"ל כדעת המרדכי שהמשכן מוציאה מיד בן המכר מאין ולאין ספיקא לכ"ת דבר זה כדי להקשות עד ת"ש ואמר תמה אני על כבודך שצירף דעת רש"י ז"ל לדעת המרדכי כמו שהוא דעת מהריב"ל ז"ל להק' על הרב ז"ל ועל זה וכיוצא בזה נאמר גברא אגברא קא רמית ולא זה הדרך ליודעי דעת ומבני מדע כל זה מלשון כבודך ואני אומר דמי שחננו ה' רוח דעת יבחור לו דרך הטוב והישר אשר אני הבינותי כדי להקשו' על הרב ז"ל מה שהקשתי מה כי ל"מ לדעת הרא"ש והמרדכי ומהריב"ל ז"ל בדעת רש"י ז"ל דפשיטא ופשיטא דמ"ש בזה נגד הרב. כדין כתבתי אלא אפילו לדעת הריטב"א ז"ל בדעת רש"י ז"ל יש להקשות על הרב ז"ל והטעם שהרי נראה ברור מדברי הריטב"א ז"ל דאפילו למה שהבין הוא בדעת רש"י ז"ל היינו לומר דאין המשכן עדיף מהמכרן אבל לפחות משכן דין מכרן יש לו ושקולים הם וכי היכי דמכרן מסלק ללוקח. הכי נמי משכן וזה מבואר בדברי הריטב"א ז"ל שכתב לדעת רש"י ז"ל דאם קנאה המכרן אין המשכן מוציאה מידו דמשמע דוקא מכרן אבל אחר ודאי דמוציאין וכן מבואר יותר בדברי הרב מהריב"ל ז"ל שם דאפילו לדעת הריטב"א בדעת רש"י ז"ל אם קנאה אחר אתי משכן ומסלקו יע"ש

באופן לכ"ע נקטינן דמ"ל כדעת רש"י ז"ל דאם קנאה אחר שהמשכן מוציאה מידו וזהו דלא כהרב מהרי"ק ז"ל ולא כהרמב"ן והרשב"א ז"ל שהביא הרב מהרי"ק ז"ל גבי והנה כשאלתי מחודשין כ"ח וק"ל והיותר קשה לדבריו דאיך איפשר לומר שהרב מהרי"ק ז"ל ס"ל בדעת רש"י ז"ל כדעת הרמב"ן ז"ל שהנה הרב כווח בתשובה הנז' דאין לדקדק מדברי הנ"י גבי ארעא דחד ובתי דחד שהמוכר והמשכן מוציאין מיד הלוקח והם דברי רש"י ז"ל שכתב הנ"י שם לא זולת יע"ש מעתה אפילו נודה דלהריטב"א ז"ל בדעת רש"י ז"ל אפילו קדם אחר וקנה אין המשכן יכול להוציאה מידו ואינו כפי האמת מ"מ הרי הרב מהרי"ק ז"ל הבין בדעת רש"י ז"ל שהיא סברת הנ"י שכתב דאם קנאה אחר שהמשכן מוציאה מידו ולכן באתי על הרב ז"ל הדברי עמהו וצרפתי דעת רש"י ז"ל עם החולקים עם הרמב"ן ז"ל בדין זה וכוודאי זה הדרך הנכון והטוב בעיני כל יודעי דת ודין ומבין דבר לאשורו ובזה אין מקום למה שחרד עלי חרדה גדולה עד מאד במה שתפשתי בפשיטות לומר שדעת רש"י ז"ל כדעת המרדכי ז"ל ממש שהטעם לי בזה כי בחרתי להלוך בעקבות אנשי שמות הרא"ש והמרדכי ומהריב"ל שתפשו עיקר זה בדעת רש"י ז"ל ואע"ג שהריטב"א ז"ל לא כתב כן דרך אמונה בחרתי שאמרה תורה אחרי רבים להטות ובשלמ' אם לדעת הריטב"א ז"ל בדברי רש"י ז"ל לא היה מקום קושיא להרב ז"ל כלל ועיקר ודאי שפיר קאמרת גברא אגברא קא רמית. אבל אחרי שלדברי הכל אשיקנא להו לדברי הכל שדעת רש"י ז"ל דלא כהרמב"ן שעשאו הרב יסוד ובכין אין מקו' קפידא אם בחרתי לעצמי דרך הרבים הנז' בפירוש דברי רש"י ז"ל כי זה אינו מעלה ומוריד לזה למה שאנו באין לדון בדברי הרב מהרי"ק ז"ל וידעתי אני ידעתי שנעלם כל זה שכתבתי לדעת רש"י ז"ל מעיני כ"ת כי נדמה לו שלדעת הריטב"א ז"ל בדעת רש"י ז"ל אפי' אחר שקדם וקנה אין מוציאין מידו כמו שנר' מדבריו פעם ופעמים ולכן כתב מ"ש ולא הבין בזה כבודך אחר המחי' כי כל מ"ש הוא דבר שא"א להכחישו ובמו שירא כבודך אחר ההשקפה הצרופה אם ירצה כבודך לעמוד על אמתת הדברים ואין להאריך בדברים פשוטים ומבוארים

ומ"ש כ"ת על מ"ש שכן נראה דעת הרשב"א ז"ל שהמשכן מוציאה מיד הלוקח כפי מ"ש תלמידיו בשמו דהיכן ראיתי שכתבו כן תלמידיו בשמו זה פשוט במ"ש ומיהו אם קדם מכרן וקנה אין מוציאין דמשמע דוקא מכרן ולא לוקח אחר ומשום דבמכרן קא עסיק עד השתא נקט נמי מכרן אבל אה"נ דאפילו אחר אין רוח הבריות נוחה הימנו דאיך איפשר להכחיש זה שהרי אם אתה אומר דלאו דוקא מכרן אלא ה"ה אחר מה ראיה מביאין לדין זה מדקי"ל אחד מהמכרנים שקדם וזבין זביני זבין מהתם לא מוכח אלא מכרן והתם ודאי אין לומר לאו דוקא מכרן דה"ה אחר דהא ודאי ליתא כמבואר בגמ' ובפוסקים וכן מבואר ג"כ ממ"ש אבל דעת רבינו שבעל משכונא קודם וקאי אמאי דכתבו הם והיכא דבאים בעל המשכונא ומכרן להוציא מיד הלוקח דאיפשר דחולקים ביניהם וע"ז אמר ודעת רבינו אינו כן אלא שהמשכן קודם למכרן להוציאו מיד הלוקח והוא לבדו זוכה בה ולפי מה שאני מבין מתוך דבריו שהבין כ"ת דאבל דעת ר' לא קאי אמאי דסליק מיניה אלא אשיכא דליבניה שכתבו ומיהו אם קדם מכרן כו' ולפירוש זה נפלות שתי קו' עצומות הא' מצד הלשון דאין סדר למשנה ומעולם לא ראיתי פוסק שידבר בלשון כבד כזה והשני מצד הענין דעיקר החילוק חסר מהספר דהיינו אם קנאה אחר שלדעת רבם אין המשכן מוציאה מידו וכל זה רחוק מהשכל הרחק מאד והנראה לע"ד דכפי המסקנא דעת הרב ותלמידים שוה שהרי לא כתבו התלמידים דרך פשיטות דחולקים ביניהם אלא שאיפשר לומר דחולקי' אתנם אחר שתלאו דעת רבם מכרעת בלי ספק דלא אתי משכן שלהם ומוצי' מידי ודאי דעת רבם וזה נכון ואמתי בעיני ונקטינן א"כ דאין חילוק ביניהם לפי המסקנא ומעיינן תהא דגם דעת תלמידי הרשב"א ורבם דלא כהרמב"ן ז"ל וכמו שכתבתי בפעם ראשונה

וראיתי מ"ש כ"ת דאיפשר דלאו הרשב"א ניהו מר דעת רבם שכתבו התלמידים אלא רב אחר ואיפשר שהוא הרא"ה ובזה אין להקשות על הרב מהרי"ק ז"ל מה שהקשיתי הנה דברים אלו שמעתי ולא אבין לו דא"כ לא יקשה לרב ז"ל אם הוא רב אחר הרי סברא זו ישנה בעולם יהיה מי שיהי' תרי' דהאי סברא להו קטיל קני באגמא הוא ואין המלט למהרי"ק קוה שדעת זה פלטר' עם החולקי' עם הרמב"ן כדי לבטל התקין לו לעשות המכין גדול יותר מהמכין בעבה מהרי"ק ז"ל מבעלי סברת הרמב"ן ז"ל ואחר כתב כ"ת שאפש' שהוא הרא"ה ז"ל ובזה לא יקשה להרא"ה ז"ל שסותר את עצמו עם מ"ש ה"ה ז"ל בשמו כן הוא האמת וגם אני לא כתבתי הפך מזה לעולם אע"פי שכתבתי שכפי מ"ש תלמידיו בשמו נראה דחולק עם הרמב"ן ז"ל הוא מכח הכלל המקובל אצלנו בשתם דעת רבינו המוזכר בתלמידי הרשב"א ז"ל הוא הרשב"א ז"ל שהיה רב מובהק שלהם ולכן גם הם קראו תלמי' הרשב"א ז"ל על שמו אבל אם כדי שלא יקשה למ"ש הרב המגיד ז"ל בשם הרשב"א ז"ל אנו צריכין לומר שרבינו זה המוזכר בדברי תלמידי הרשב"א ז"ל אינו הרשב"א ז"ל זה מילתא אחריתי הוא ואין לדקדק עלי על שלא נחתי לזה כי על זה או כאת' תריתנאי אליבא דהרשב"א ז"ל כדי שלא להנו' על הכלל או שהוא רב אחר ואתה תבחר ותקרב ולא אני ולא ראיתי טעם בזה לדברי כ"ת במ"ש תדע שכן הוא כלומר דלאו הרשב"א ז"ל המוזכר בדברי תלמידי הרשב"א ז"ל שהרי כתב הרב המגיד ז"ל בשמו דאין המלוה יכול לעכב על בעל הבית דמה ראיה מביא כ"ת מדברי הרב המגיד ז"ל אחר שגם אני הרגשתי בזה ולכן כתבתי כפי מה שכתבו תלמידיו

שמו דא"כ נראה שכ"ת מכריח הדבר בעלמו ואין לנו עסק בזה ולא חש כ"ת בזה לקמחי

עוד ראיתי מה שתפש כ"ת עלי משום לא נרפתי לדעת התוס' ז"ל עם המרדכי ושתי תשובות בדבר האחת מ"ש והזהיר לנו הרב מהרי"ק ז"ל בהקדמתו על ד' טורים שטל הרוב לדעת התוס' והמרדכי אזלי בהלא שיטה ומטעם זה כתב הרב ז"ל שברוב המקומות כשהוא מביא דעת אחד מהם שומט מלהזכיר דעת האחר ולחברו עמו בשטה אחת כמו שעשיתי אני כאן ועוד שנית שבלאו הכי מלאתי רוב בנין ורוב מנין ולאו כי רוכלא אנא כו' ומה שכתב שהיה לי לעשות רוב מנין הנראה לעיניס האדם יראה לעינים והחכם יראה למובן ובאמת על כ"ת יש להשיג בזה השגה בלי תירוץ שאחר שירד לקבץ כל דעות הפוסקים בדין זה אים ממקומו למה לא כירף דעת רבינו יעקב ז"ל שכתב הרב בעל העיטור שכתב בספר העיטור עם סברת המרדכי וכ"ע מעתה אבא אל הכלל שכתב כ"ת בסברות הפוסקים בדין זה ואומר דזה הכלל לא דייק לן במילי טובא חדא במ"ש שדעת הרמ"בם כדעת הרמ"בן ז"ל וזה אינו מוכר' במ"ש מהרי"בל ואפי' מהרמ"ך ז"ל דס"ל כמ"ש כ"ת כתב בהדיא שהרב ז"ל בב"י הבין בדעת הרמב"ם הכך דעת הרמ"בן ז"ל ואפי' לפי מ"ש הרב בספר בדק הבית עדיין הדב' ספק מפני מ"ש בספר ב"י ויש לתמוה טובא על כ"ת שאתה בעצמ' מסיק להו לדברי הרב ז"ל בקושיא במ"ש בספר ב"י שהרב ז"ל נראה כסותר את עצמו בכונת הרמ"בם וא"כ אין ראיה מדברי הרמ"בם להלין על הרב ז"ל בזה דמאן מוכח הי מינייהו עיקר מ"ש בב"י או בבדק הבית אחר שדברי הרמב"ם ז"ל אין להם הכרח לאחד מן הכונות הנז' ובזה לא הנחתי מקום למ"ש כ"ת בתחלת קונטריסו דלמה לא נרפתי דעת הרמ"בם ז"ל עם כת המרדכי אם הייתי מפרש דבריו כדברי הרב מהרי"ק ז"ל בב"י או עם כת הרמב"ן בדברי הרב מהרמ"ך ז"ל עוד כתב כ"ת שהנמקי סובר כדעת הרמב"ן ז"ל גם כמו שנראה מתוך מ"ש לדברי הרמב"ם בלי שום חולק גבי הא דאמרינן משכנתא לית בה דינא דבר מכרא ובאמת הכרח זה מהבל ימעט דאי מהא לא איריא שהרי לקמן בסמוך גבי ארעא דחד ובתי דחד חזר ושנה דעת הפוסקים ועשאן שתים מערכות מערכה לקראת מערכ' והצריך גם לבאר העולה מהסכמת המפרשים בזה ואין להביא ראיה משתמא ואחריה מחלוקת אלא לאידך גיסא ואע"ג דהרב מהרי"ק כתב במחודשין כ"ח גבי והנה נשאלתי להר"ן והנ"י כתבו דמילתא קתני לא מכרעא ולא מידי דאיכא למי' דעל מ"ש לעיל בסמוך קאי והכונה לומר שגם הר"ן והרב הנמקי כתבו כן בשם הרש"בא וכן מ"ש כ"ת שדעת רש"י כהרמ"בן ז"ל כבר ביארתי לעיל בטעם כעיקר דמוחלפת השטה דכ"ע אית להו שדעת רש"י ז"ל דלא כהרמ"בן ז"ל ואין בזה כופה פה ומפפפף ולפי זה אף אם נאמר שדעת הריט"בא ז"ל כרש"י ז"ל כמ"ש כ"ת אין מזיק לנו בזה כלל אבל משום מדבר שקר תרחק איני מודה לכ"ת בזה ואין להעלות כן על הלב דהאומר כן אין ספק דמחליף האמת בדברי הריט"בא ז"ל לא לעזר ולא להועיל ואין רוח חכמים נוחה בזה להוציא דברים משטן כדי לעשות סניפין ומלין על הרבבמה שלא יאמ'אדם ולא יעלה על לב מעולם וכמ"ש כ"ת שרבים הלוים בסברת הרמב"ן מהגוטים לסברת המרדכי חלילה לומר כן אפי' עם כל ההגאות שהניח כ"ת שהעומדים בשטת הרמ"בן ז"ל הם א' עמודי ההוראה ועם הריט"בא ז"ל הם ס' ותעשה ג"כ להר"אש ולבנו כח א' כשיטת מהרי"ק סי' ע"ז דע"כ העומדי' בשטת המרדכי הם יותר שהם הגאונים ולפחות הם שנים

למיעוט גאונים שניס והר"י ברצלוני והרב בעל העיטור ותלמידי הרש"בא והתוס' והר"אש והמרדכי ור"י ממגאנציה ור' יעקב שכתב בעל העיטור הלכות אפותיקי הרי כאן עשרה ועוד סברת מהר"ם ז"ל הובאה במרדכי פרק המקבל סי' שכ"א וכן בתשובות דשייכי לספר קנין סי' ל"ב דנראה' מדברין דאם המוכר או הממשכן דר בתוך קרקע דהוציא אפי' למלרן שקדם וקנה יע"ש ולכאורה היה נראה מדברי הגהות אשירי פ' איזהו נשך דף קמ"ג ס"ו ע"ב שרבינו מאיר בר מרדכי וראבי"ה ורבינו שאלתיאל ז"ל כדעת הרמ"בם ז"ל או לפחות כדעת רש"י ז"ל שכתב הריט"בא אבל כד מעיינינן פורתא אשתכח דלא היא וק"ל ומ"מ נקוט מהא שכל אלה הרבנים חלוקים על תלמידי הרש"בא שכתב הרב מהרי"ק סעיף ס"ט בדין המוכר לאשה וז"ל הרב גם וכתבו עוד דה"ה ללוקח מאשה דלית בה דינא דבר מכרא דלכי שאין לה מי שיפקח במעשיה רלו חכמים שיהיה מכרה קיים ע"ש הכלל העולה שדעת רוב הפוסקים ס"ל דאם קנאה לוקח ממשכן ואתי ומפיק מידיה שלא כדעת הרמב"ן וגם רש"י בכלל ודעת רבינו שכתבו תלמידי הרש"בא ולפי דעתי שזה ג"כ דעת הרב המחבר ז"ל שכתב הרב בעל העיטור בהלכות אפותיקי בהרי כתב דאם קדם מלרן דאין הממשכן מוציאה מידו ומשמע לכאורה דוקא מלרן אבל מלוקח אחר מוציא מידו כך נ"ל לע"ד הנכון והטוב בדעת הפוסקים בדין זה וכן עיקר •

ואחר שנתבאר זה אבא לעמוד על מ"ש כ"ת על דברי מהרי"ק ס"ו מחודשין כ"ט אחר דברי הנ"י ז"ל וכדברי ה"ה שכתבתי בסמוך וכן דעת הרא"ש בכלל כ"ז וכבר כתבתי בסמוך שכ"כ הרמ"בם בהדיא בפי"ב ע"כ וכתבתי אני על דברי הרב ז"ל שאין דברי ה"ה ז"ל ענין לדברי הנ"י ככתוב בקונטריסי הראשון וכתב כ"ת על דברי תיהא הוא בעיני היכן נתבאר דבר זה בדברי הנ"י לשיכתוב כ"ת שזה מבואר בדברי הנ"י במעט התבוננו' אדרבה בפירוש כתב נמקי יוסף גבי משכנת' דמילתא פסיקת' קתני כדברי ה"ה ז"ל שכתב בשם הרש"בא עכ"ד ואני הומר מבואר הוא למשגיח בדברי השגחה כל דהו דעיקרן של דברי' הנאמרים באמת ובתמים דמ"ש דזה מבואר בדברי נמקי יוסף שעל דברי רש"י שכתב הרב הנמקי היתה כונתי ולא ימעה בזה בדברי רק מי שכונתו רצויה שחפץ להשיג שהרי על דברי הרב מהרי"ק ז"ל שכינה דברים אלו להרב הנמקי כעס ושתים האחת כאן והשני לעיל גבי והנה נשאלתי כמו שיראה הרואה כתבתי אני שדברים אלו שכתב מהרי"ק בשם הנמקי אינם ענין לדברי ה"ה ז"ל ועל זה כתבתי שזה מבואר בדברי הנמקי במעט התבוננות ועל מקום הרמוז בדברי הרב מהרי"ק נתכונתי וזה ברור ומעתה אין בדברי לא עקומיות ולא קפדנות כלל וק"ל

ומ"מ מ"ש כ"ת דעל זה נתי יש לפקפק אע"ג דהרב מהרי"ק ז"ל כתבוכן גם הוא מהודש כ"ח ומנ"ל להרב הא מילתא נראה לע"ד שזה פשוט ומבוא' הוא הדב' אשר דברתי פעם ראשונה שזה מבוא' בדברי הנ"י במעט התבוננות וטעם דברי אלה הכ שנר' מדברי הנ"י באותו לשון דלוקח למפרשי' שאין מחלקים בין משכנתא למרי' בתי דהתם הוא דמלו לא מכי מעכב ללוהאבל לדברי רש"י דעדי' משכנת' דמריה בתי מכי מלוה לעכב על הלוה כי היכי דמרי ארעא מעכב אמרי' בתי ואין זה כריך לפניס וא"ת דכל זה דוקא כשבא הלוה למכו' אבל אם מכר כבר אין מוציאין מיד הלוק' הא ודאי ליכא למימ' דשמיא דמאי דאמרינן התם דמרי' ארעא מעכב אמרי בתי הוא נמי מאי דאמרינן לדעת רש"י דמלוה מעכב על הלוה והיא דמרי' ארעא דמעכב הוא מבוא'

דאפי'

דאפי' אם מכר כבר הרי' בתי הוא כמ"ש הפוסקים והא נמי דפשיטא היא וק"ל

וראיתי אני מ"ש כ"ת דאפי' לדברי הרב ז"ל שמענו מסם שהמוכר מוציאה מיד הלוקח אבל מיד המצרן לא שמענו מסם ע"כ לזה אומר דכמ"ש לעיל בדברי רש"י ז"ל שתפסתי לעיקר דעת הרא"ש והמרדכי ומהרי"בל ז"ל אין מקום לדברים אלו יעי"ש ות"ת ראיתי להודיעך האמת שהנכון בעיני כדעת רש"י מה שתפסו עיקר הרא"ש והמרדכי ומהרי"בל ז"ל ואין לחוש לדברי הריטב"א וזה שאני אומ' דכיון דאין מי שיכחיש דנראה מדברי רש"י ז"ל דאין שכן טוב וקרוב מתנו א"כ הנכון לומר דכל לגבי נכסי' כמו זר יחשב שהרי עיקר יסודתו ודתו של דין זה לעשות הטוב והישר וכיון שהמשכן יותר שכן ויותר קרוב דין הוא שלא יקדמנו אחר ואם קדם וקנה לא זכה דומיא דאחר מצרן דעלמא דמשום דשייך ביה הטוב והיש' אפי' קדם וקנה לוקח לא זכה איברא שנראה מדברי תלמידי הרשב"א ז"ל שממאנין בזה דמ"ש בשם רבם דיש למשכן על המצרן עדיפות וקדימ' ואפ"ה כתבו דאם קדם מצרן וקנה זכה אבל עם כל זהעדיין לא ישאנו מידי שאלה שהראיה שהביאו על זה איני מכירה שהרי הכריעו כן מדקי"ל אחד מן המצרנין שקדם וזבין זבינה זביני ואין מסם הכרח כלל דשאני מצרן שקדם שאין לחבירו עדיפות וקדימה עליו אבל הנדון כי האי שהמשכן יש לו דין קדימה א"נ דאפי' קדם המצרן מוציאין מידו דסוף דינא כתחלת דינא והנה במה שאמרו בגמ' שכן ות"ח ת"ח קודם קרוב ות"ח ת"ח קודם כתב הרב בעל העיטור דאם קדם השכן והקרוב וקנה דאתי ת"ח ומפיק מיניה דכיון דיש לו דין קדימה אף אם קדם האחר וקנה מסלקינן ליה ואע"ג דיש מהפוסקים שנחלקו בזה על הרב בעל העיטו' הכא כ"ע מודו כיון דהמשכן שייך טפי בקרקע ממצרן דהמשכן כולי ארעא שכוני גבי ומצרן אין לו אלא רוח א' ולזה כתבו בפשיטות הרא"ש והמרדכי ומהרי"בל ז"ל דלרש"י אפי' קדם נמי מצרן המשכן מוציאה מידו זה נל"ער כעת ונחזור לענין דין דמ"ש מהרי"ק ס"ו מה גם כ"ט וז"ל ושע דגבי ארעא דחד ובתי דחד כתב בעל נ"י ז"ל שמי ששכן בבתים כו' דכל זה לא איירי אלא לפרש"י ז"ל כמ"ש ולפי זה במשכנתא עצמה ל"מ אם קדם אחר וקנה דמוציאין מידו לר"ה כדעת רש"י ז"ל אלא אפילו קדם מצרן וקנה מוציאין מידו לדעת הרא"ש והמרדכי ומהרי"בל כמו שכתב' לעיל וא"כ איפה אוורני עי' היום לומר מ"ש כבר בקונטריסי הראשון דאין דברי ה"ה ז"ל ענין כלל לדברי הרב הנמקי אדרבה הם ממש בהפך לדברי הרב הנמקי שהרי כתב בשם הרשב"א ז"ל דאפי' אם ירצה הלוה למכור למצרן או לאחר דאין המלוה יכול לעכב ע"י ואי קאי הרב אמאי דשליק מיני' והוא מ"ש וכשבית שאכל השכירו' נמכר כו' כרא' לכאורה גם בזה לא מצאנו מרפא וארוכה שהרי הרב המגיד לא דבר בזה מה שהביא מדבריו הרב לא סמוך לו ולא מופלג כלל ועדיין צריכה לע"ד גמר דיפריקינה ומה שרצה כ"ת ליתר על זה וקושיא דמילתא דכונת הרב ללמוד מדברי הנ"י שדין השכירות והמשכנתא שוים ועל זה כתב כדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך כונת' כדברי ה"ה דשכירות ומשכנת' שוים ומה שיש בזה יש בזה וכן דעת הרא"ש דשכירות כשמכר הבית עצמה לית בה משום דינא דב"מ וכן כתב הרמב"ם בהדיא וזה פשוט כו' דברים אלו אין הדעת סובלתו וקול דברים אשכי שומע ותמונה אין רואה שגם הרא"ש אינו השו' משכנתא לשכירות דגבי משכנתא כתב בפרק או"ג דהמשכן עדיף ממצרן וגבי שכירות כתב בתשובה שריתו שהרי"ק דשוכ' גרע ממצרן באופן שאין שכירות ומשכנתא שוין לדעת הרא"ש ז"ל ואם כונת הרב ללמוד מדברי הרב' הנמקי דשכירו'

ומשכנתא שוים וע"ז אחר וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי בסמוך חזרה הקושיא לתקומה באופן אחר איך כתב וכן דעת הרא"ש ואינו וכפי הנראה שכ"ת ראה בדוחק זה ולכן פתח דשכירות ומשכנתא שוים וכשבא אל דעת הרא"ש ז"ל לא כתב אלא שכירות אבל משכנתא הם כי לא להזכי' הנר כל זה אינינו שוה לי ואינו מחוו' לע"ד דכל מאי דשקלינן וטרינן כדי להבין דברי הרב דבר דבור על אופניו ודברים ככשטן דמאי דכתב הרב ז"ל וכן דעת הרא"ש הוא ממש כדברי' הנ"י וה"ה ז"ל שכתב לעיל מיניה בסמוך אבל להוצי' הדברי' מפשטן שערי תשובות דהוקות לא ננעלו ושוף סוף קשה מ"מ לפירוש זה שכתב כ"ת איך כתב הרב ז"ל שכ' הרמב"ם ז"ל בפי"ב מה"ש שהרי הרמב"ם ז"ל לא השוה שכירות למשכנת' בפרק הנז'. רק כתב דשכירות אין בו דינא דבר מצרא וכפי מה שפירש הטור ז"ל בדברי הרמב"ם ז"ל אין ראיה מסם ואיך יכתוב הרב ז"ל שכ"כ הרמב"ם בהדיא גם אין לומר דכיון דהרמב"ם ז"ל השוה שכירות למשכנתא בדין הקרקע הסמוך למשכונא ה"ה והוא הטעם בקרקע הממושכן עצמו דזה דבר דאין לו שחר שהרי איפשר דשכירות ומשכנתא אינם שוים לדעת הרמב"ם ז"ל בשכירות ומשכנתא עצמ' ומה שהשו' שכירות למשכנתא בקרקע הסמוכ' משום דס"ל כסבר' מ"ן דפליג על הרשב"א ז"ל דאין למשכן דין מצרן כלל בקרקע הסמוך למשכונא. דוק ותשכח ומו דעל זה לא יצדק לומר שכתב כן הרמב"ם ז"ל בהדיא דלאו בפירושא איתמר אלא מכללא או מסברא וזה דוחק גדול ורב. וכבר הייתי יכול לפרש דברי הרב ז"ל בפנים שונים בשגשבול קלת דוחק בדבריו פחות ממה שנדחק כבודך אלא שאין דעתי נוחה מהם שהם שינויי דחיקי והדר שנויי דחיקי למה לן

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת הנני מודיעך האמת עשרתי מכאתי הון לי על ענין הקושיא העצומה שהקשיתי על הרב מהרי"ק ולה"ה שנראה כסותר את עצמו בספר ב"י במה שפסק במעשה הראשון עם מ"ש במעשה השני וכתב כ"ת שמהר"ר מאיר מלמד עמד עליה בפסקיו והניחה בצ"ע

ואני הלעיר אחרי רואי דברי הרב בספר בדק הבית בת"ש על תשובת הרא"ש ז"ל דסתרן אהדדי למדתי מדברי הרב ז"ל תירוץ נכון ומספיק על זה וזה תוארו דמה שפסק הרב ז"ל במעשה הראשון דאם קדם אחר וקנה דאין השוכר והמשכן יכולים להוציאו מידו היינו דוקא היכא שהמוכר שהוא מרי' ארעא רוצה שיקנו אחרים ולא השוכר והמשכן וא"ה ואין שוכר ומשכן יכולים לעכב על ידו דאין כחם גדול כמו מריה דארעא מידי דהוי אארעא דחד ובתי דחד כמ"ש הרב ז"ל אות באות תיבה בתיבה בשם תשובת הרא"ש ז"ל ע"ש

אמנם מ"ש הרב ז"ל במעשה השני שאם קדם שוכר החנות וקנה הבית או איפכא לא עשה ולא כלום מיירי דהשוכר דהוא מאריה דארעא לא היה מקפיד שיקנה האחר יותר מחבירו רק שהיה רוצה שיקנה הבית והחנות כ"א שוכר החנות יהיה או שוכר הבית והילכך כיון שאין המוכר מעכב לנו בזה דין הוא שנא' שהשוכ' יש לו דין מצרן לגבי אחר ואם קדם וקנה מוציאין מידו ויש לחילוק הזה פנים מהונים בדברי ה"ה ז"ל שכתב הר' מהרי"ק ז"ל במעשה הראשון שכתב בשם הרשב"א ז"ל דכשם שאין בעל המכר יכול לעכב על המלוה כך אין המלוה יכול לעכב על בעל השדה אם רצה למכור שדהו לבעלי המצר או לאחר וקרוב לזה הם דברי הר"ן ז"ל הרי שתלאו ברצון המוכר ושום תשים עיניך בו ומצא חן ושכל טוב

ואשימה עיני על דברי הרב מהר"ר אליהו בן חיים ז"ל בת"ש

במ"ש ביישוב תשובת הרא"ש ז"ל וראיתי שדבריו קרובים אל דברי הרב ז"ל בספר בדק הבית אבל לא ממש ויש ביניהם הפרש ונפיק מיניה נפקותא לענין דינא בדעת הרא"ש ז"ל כי לפי מ"ש הרב ז"ל בספר בדק הבית נראה דאפילו אם בא המוכר לזכות בקרקע הסמוך כפי כחו אין יכול לעכב על המשכיר כיון שהוא מריה ארעא ל"ש בתורת שכירות ל"ש בתורת מכירה ומדברי הרב מהר"ר אליה ז"ל נראה בביאור דכיון דאינו בא לזכות אלא כפי כחו בשדה הסמוך לו מצי לעכב אפילו אמריה ארעא שלא ישכיר לאחי' זולתו כך נראה בעיני פשוט והוצרכתי לכתו' זה מפני שנר' מתרומת לשון כתב נראה שמבין שדברי הרבני' הנז' הם אחדי' בזה ולא יתכן לע"ד אלא כמ"ש

ולי אני הצעיר נראה בעיני לתרץ דברי הרא"ש ז"ל באופן אחר יותר משניהם והוא זה דלעולם דעת הרא"ש ז"ל דשכירות לחודיה לא מהני ולא מידי לשוייה מצרן כלל לא כדברי הרב מהרי"ק ז"ל ולא כדברי מהר"ר אליהו ז"ל ואין צור' לידחוק בדברי הרא"ש ז"ל מה שנדחקו הם דמאי דכתב הרא"ש ז"ל כלל כ"ז דאין בשכירות דינא דב"מ דההוא עובדי דוקא קאי אלא מילתא פסיקתא קאמר דאין בשכירות דין מצרן קאמר ואפ"ה לא קשיא ממ"ש כלל כ"ב דהאי התם דהוה שותף ובשותף ודאי אית דינא דב"מ אפילו אינו אלא שוכר ואין להשיב על זה ממ"ש הרב מהרי"ק ז"ל בב"י על דברי תשובה זו וז"ל ולא רצה לומר דשאני התם שהוא שותף בחצר עצמו ואין ספק שהדין עמו במ"ש ועם כל זה דודאי יש ללמוד מדברי הרא"ש ז"ל דין מכירה יש לו כשהוא מצרן כמו שנראה מדברי הרא"ש ז"ל דשכירות דין מכר יש לו ויש בו דין מצרנות ומיהו דוקא במצרן גמור ר"ל שהוא בעל הקרקע ואתי מחמתי' להיות מצרן אבל אם אינו מצרן גמור כלומר שאינו בעל הקרקע דאי מחמתי' להיות מצרן אלא שהוא שוכר אותו קרק' אין לו דין מצרן כלל וכמ"ש לעיל דזהו עצמו מ"ש הרא"ש ז"ל בכלל כ"ז אמנם כשהוא שותף מעליא מעלינן דרגא דאפי' אינו שוכר באותו קרקע חשבינן ליה מצרן גמור לגבי שותפחבירו ומצי לעכב עליו מדין מצרן והוא לדעתי חי' חריף ודק

והשיבה ידי על מ"ש כ"ת בשם הרב הגדול רבו דאין מקום לדברי מהרי"ק נר"ו במה שהקשה שתי תשובות הרא"ש ז"ל סתרי אהדדי עם מ"ש הוא עצמו ז"ל בסעיף כ"ב ז"ל ומשמע שהרא"ש ז"ל יסכים בדין זה מטעם שכירות ליומיה ממכר הוא ואומ' ודאי יש להם לדברי הרב ז"ל מקום קיום והעמדה ומה שדקדק הרב הגדול נר"ו אינו נראה בעיני הוא דאין זה מוכרח בודאי דלשון משמע הרי הוא כמסתפק בדעת הרא"ש ז"ל בזה וזה ידוע ומוכרח ממקומו

ומיהו אפילו שיהיה כן כ"ל שהרב ז"ל לא הכניס עצמו עתה בסתירת דברי הרא"ש ז"ל ואין להרב ז"ל עסק בזה במ"ש ומשמע שהרא"ש ז"ל יסכים אבל עיקר הספק בזה אם יהיה לשון משמע כך הוא דאולי דוקא מצרן גמור כמ"ש לעיל בזה הוא דס"ל להרא"ש ז"ל דיש בשכירות דינא דב"מ אבל היכא דאינו מצרן גמור אלא שוכר קרקע בלבד כה"ג אין שם מצרן עליו כלל דמי שאינו מצרן דהרי אפשר דשכירות לא הוי כמכירה בזה וזהו עיקרן של דברים באמת ובתמים אבל בסתירת דברי הרא"ש ז"ל לא אסיק השתא אדעתיה כלל דא"כ איך כתב בפשיטות דהרא"ש ז"ל יסכים בדין זה שהרי בתשובה כלל כ"ז כתב בהפך אלא ודאי משוורתא דמילתא כדאמרן

ואחר שהסכי' הרב ז"ל בדעתו לומר דאין לחלק בשכירות לעשותו מכירה לשכאין חזר ובא על הרא"ש ז"ל בפנים חדשות לא שערם הרב ז"ל עד עתה והק' על הרא"ש ז"ל קושיא אלימתא כמו שהעיד עליה הרב המובהק מהר"א ששון ז"ל וזה תואר' ובתשובה כלל כ"ז כתב דאין בשכירות דינא דבר מצרא משמע מינה דאין שוכר קרקע חשיב מצרן אפלו בקרקע המושכר אצלו ובכלל כ"ב כתב דשוכר קרקע חשיב מצרן אפילו בשדה הסמוכה לקרקע המושכר ואם כן פשיטא ופשיטא דכ"ש הוא דחשיב מצרן לקרקע המושכר עצמה והיא שאלה עמוקה ראויה להרב עד שבאו הרב ז"ל עצמו והרב מהר"ר אליהו ז"ל ואתרו אתיר' בחילוק דק מחוספס דלכל א' הוא דאמר הרא"ש ז"ל דלא חשיב מצרן שוכר ולא לגמרי למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' כמ"ש לעיל וזה דוחק בלי ספק לאפוקי מכ"ת שכתב שהכל פתוח לרווחא ועל זה יספיק עדות מהריב"ל והרב מהר"א ששון ז"ל נאמנה תרי כמאה אשר סגרו לנו את הדלת ולא הניחו מקו' פתוח אפילו כפתחו של מחט הקטון ועל כל פנים נתבאר שמ"ש הרב ז"ל בסתירת דברי הרא"ש ז"ל נמוקו וטעמו עמו כמ"ש הרבנים הנז'

שוב אשוב אל מ"ש כ"ת על מה שהקשתי בדברי הרשב"א והרא"ש ז"ל דמ"ש שכירות ממשכנתא דגבי משכנתא כתבו דאין המצרן יכול לעכב על הלוה שילוה ממי שירצה דמצי למימר האיך נוח לי ואתה קשה המינו וגבי שכירות לא שנו לזה שהרי גבי שכירות נמי שייך טעמא דזה נוח לי שלא אצטרך להתעכב עמו ולהתעצם עמו בדין על השכי' דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף ודהה כבודך דנעכ' שלא אצטרך להתעצם עמו בדין אין לחוש עליה זהו תו' דבריו בקיצור

ותמהתי הרבה מכ"ת דמי שראה מאורות התלמוד והפוסקים לא יאמר זה שהרי בכולי תלמודא אשכחן דחיישינן להאי טענתא וחשיב להך טענתא טענ' מעליא בפס"ה דף מ"ג ע"ב דפריך התם בגמרא ובההיא זכותא דמפיק לה מלוי ומשני דקאמר הבני נוח לי והראשון קשה ופרשב"ם ז"ל וצריך לדון עמו גם בכתובות פרק שני דייני גזרות דף ק"ז תנן העורר על השדה והוא חתום עליו בעד וחמון אומר מצי למימר הראשון נוח לי ובפס"ה דף ל' ע"ב אמרינן דאפילו חכמים דפליגי אאדמון מודים דאם לא עשה מעשה ושתם דחשיבא טענה בודאי וכן פסקו הפוסקים ז"ל בההיא עובדא דהתם גם הרשב"א ז"ל עצמו כתב בתשובה הביאה מהרי"ק סימן קכ"ד בהלכות נזקי שכנים סי"ח תנו' אנו כך קבלנו מהרב רבינו שהוא יכול לעכב ע"י דלא בעי למיקם בהדי דינא ודיינא יע"ש

ותו מי גרע האי טענתא מכמה טענות גרועות המובאות בגמ' ובדברי הפוסקי' דבעילה כל דהו מבטלין דינא דבר מצרא כמו למכור ברחוק ולגאול בקרוב ומוכר כל נכסיו והני ליירי והני שרו וזוזי טבי ותקולי וכאלה רבות דאין בהם טעם מספיק אלא רצון המוכר למכור למי שהוא נוח לו יותר

שוב מצאתי להרב מהרי"ק ז"ל בהלכות שוכר סי' שי"ב סוף סעיף א' כתב בענין הדומה דנכיית הדמים מהשכירות מיד מי שירצה בע"ה השיבא טענא וקפידא הוי יע"ש אחר שכתבתי זה מצאתי ראיתי מ"ש הרב הנמקי בדין משכנתא וז"ל וכתב עוד דליכא משום דינא דבר מצרא אלא במוכר בדמים מיד אבל בהמתנה לא א"כ במי שרוצה לפרוע מיד שיכול לומר חבירך נוח לי יותר ממך ואיני רוצה בחובך והסכימו לדעתו הרשב"א והרנב"ר ז"ל ע"כ ראיתי דבריו ושמחתי על נפשי שמחה רבה יען כי זכיתי לדעת כי דעת שפתי ברור מללו והרי מדברי הרמב"ן והרשב"א והר"ן ז"ל ראיה לדברינו דמשום טענה דלא יצטרך לטמור

לעמוד בדין לבד בטלה לה דינא דב"ת דע"כ מהאי טעמא הוא דכתבו הנך רבוותא מה שכתבו גם ה"ה ז"ל כתב כן בפי"ב מהלכות שכנים בדין המשכנתא וגם שנראה מדברי הרא"ש ז"ל קצת שחולק על זה והביאו הטור ז"ל סי"ג נראה בעיני דלא דבר הרא"ש ז"ל אלא היכא דלא שייך למימר האי טענה כגון שהמלרן מבטיח את המוכר דלא יאחר לבלמו לזמן הקבוע אפילו רגע או שבוע וזה תירוץ מספיק כדי להשוים דעת הרא"ש ז"ל עם כל הפוסקים שלא נמצא חולק בזה ונופלה פה ומפלפל ובחן זה כי לע"ד נראין הדברים נכונים וטובים והדרא קו' לדוכתין

עוד בינותי בת"ש כ"ת משם הרב הגדול רבו נר"ו במה שפירש דברי ה"ה ז"ל שכתב השכירות כלמד מדין משכונא מק"ו כמו שהאריך על זה כ"ת ואין צורך להזכיר לשונו גם אני לא אחשוך פי מלדבר בזה כו'ש'על מ"ש כטעם ראשונה כמשיב תשני הכבוד הרב הגדול מהרי"ק ז"ל ולא כחולק עם מהריב"ל ותחלה אומר דמ"ש הרב הגדול נר"ו השכוניה גביה משמע שהוא שוכן בתוכה אין זה מוכרח וגדולה מזאת כתב רבינו ירוחם ז"ל על מ"ש בגמרא דשכן קודם לקרוב והביא לשונו הרב ז"ל בסעיף ע"ד ע"ש ומ"ש הרב נר"ו דאינו יכול להוציאו כל ימי המשכונה ואפילו בשתא אית ליה שתא אינו נראה בעיני דמילתא דפשיטא היא דאפילו במקום שנהגו לסלקו מיד כמ"ש ה"ה ז"ל בשם הרשב"א ז"ל או שהתנה המלוה שיסתלק מיד לא בטיל מינה שתא דמשכנתא ואפ"ה אמר רב אשי דלית בה דינא דבר מצרא דרב אשי לא כתן דבריו לשעורי אלא סתמא אמר כל מן משכנתא' לית בה משו' דינא דב"ת וא"כ השתא אתי שכיר שכירות מדין משכנתא אפילו היכא דבעי להסתלק ממנה לאלתר והוא מבואר

והנך רואה שרבינו שמחה מפני שרצה לתת שיעור לימי המשכונה הפליג המרדכי דעתו ולא ישרו דבריו בעיניו כלל כנראה במרדכי גם מ"ש דהיכי ילפינן מדין משכנתא דאית ליה שעבוד בגוף הקרקע תימא הוא בעיני שהרי כתבו הרמב"ן והרשב"א והר"ן ז"ל וכ"י והרב בעל העיטור דלית ליה למלוה בגופא דארעא מידי אלא זוזי הוא דאית ליה עליה וכ"כ עוד הנמקי בפרק איזהו נשך גבי הא דאמר רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע האי משכנתא באתרא דמסלקי כו' אין ב"ח גובה ממנה וז"ל לפי שאין למלוה בגופא של קרקע כלום אלא משועבד לפירות ע"ש

הן אמת דמ"ש הרב ז"ל דמשכנתא אינו דר בתוכה על זה לא מצאתי לרב מהרי"ק ז"ל משען שישען בו ותאר טרחתי על זה ולא מצאתי גילוי לזה בדברי הפוסקים ז"ל ומיהו כל זה אינו מעלה ומוריד למה שכתב מהריב"ל דגם בשכירות הוא דר בתוכה ועיקר הקו' משום דשכירות חשוב כמכר לכמה מילי כלכתבו הפוסקים זלה"ה • ולע"ד שההכרחי' האחרים שכתבתי לדברי הרב מהרי"ק ז"ל בטעם ראשונה כדאים וראויים להכריח פירוש הרב מהרי"ק ז"ל ואחרי החיפוש בדברי מהר"א ששון ז"ל מצאתי להרב ז"ל שהביא קצת מדברי כמו שיראה המעיין שם שמחתי בשיחתו אל הרב כי תהלה לאל חיי כיונתי לדעתו דעת עליון •

וכן ראיתי מ"ש כ"ת על מה שהקשיתי למהריב"ל ז"ל מדוע לא הכריח דבריו מכח תשובת הרשב"א שהביאה הרב ז"ל שם וכתבת דט"ש יש בדברי הרב ז"ל והראה פנים לזה מלבדי הרשב"א בתשובה עצמה ומדברי הרב מהריב"ל אם קבלה נ קבל ואם לדין יש לנו תשובה דההכרח מתשו' הרשב"א ז"ל אינו הכרחו דהרב ז"ל על מעשה השיב ומעשה שהיה כך

היה ולא שייך א"כ למימר עדיפא הוה ליה לאשמועינן וזה מבואר גם הכרח מדברי מהריב"ל אין מספיק להרב אמאי דסליק מיניה תפש בידיה והמשנה בדברי הרב יהו ע"ת והגיה להם לדברי הרב ז"ל כפי'נוגס ובקומהם

אחרי רואי ראיתי מ"ש כ"ת על מ"ש על דברי מהרש"ך ז"ל במה שהקשה למהריב"ל ז"ל דהאו יציאה בארעא כו' וכתב כ"ת שמדברי הרב הנמקי אין סיוע לדברי מהריב"ל שמהרש"ך ישבו שהב"י סובר כדעת רש"י ז"ל כמ"ש הריטב"א ז"ל וכתב עוד כ"ת ובהכי ניחא נמי שלא הבנית הרב מהריב"ל ז"ל מדברי הרב הנמקי ז"ל וזה דעת רחוק מכמה טעמי חדא שמהריב"ל ז"ל עם היות דברי הריטב"א ז"ל גלויים לפניו ולא הטה אזן לדבריו ולא הם להם כלל ופי' דעת רש"י ז"ל כמו שפי'אותם הרא"ש והמרדכי ז"ל ותו דאיך השמי'הר'דעת הנמקי ולא שתבו עם הריטב"א ז"ל ותו איך לא הרגיש בזה מהריב"ל ז"ל כלל וגם מהרש"ך ז"ל נראה מדבריו שתופש שיטת מהריב"ל ז"ל עיקר כמ' רש"י ז"ל וכבר כתבתי לעיל טעם לשבח שכן הוא האמת וכן עיקר

וכן אבא לעמוד עמ"ש כ"ת שהקשה לו על דברי מהריב"ל ז"ל וז"ל כ"ת בזה אבל מה שיש לתמוה על מהריב"ל ז"ל הוא במ"ש איברא דלדעת רש"י ז"ל כו' הדא שכתב דרש"י ז"ל ס"ל דבעל המשכונא מכי לסלוקי לאדם אחר ועדיפא מינה ה"ל למימר שמסלק להלרן כמ"ש למעלה בדעת רש"י ז"ל עכ"ל כ"ת ולי נראה דמ"ש כ"ת על זה כבוש אמנם יותר פשוט ונכון נ"ל לומר דמ"ש הרב ז"ל אחר אחר המש הוא ולא מלרן ואע"פי כן לא קשה מה שהוקשה לכ"ת דמפני שהיו' הרב לריך לנאת באחר לכנס באחר ולא נחית הרב ז"ל השתא לעיקר דין זה שכבר ביארו לעיל כתקנו והכא משום שהיה לריך ללמוד סמוך למשכנתא ממשכנתא עלמה ובסמוך א"א לתנקט אלא אחר דוקא נקט למי במשכונ' עלמה אחר כדי להשוות הבא מן הדין לנתון וזה נראה יותר אמתי מהראשון

ותו כתב כ"ת על זה עוד ז"ל וזאת שבית שהרב הנמקי כתב בהפך עכ"ל כ"ת וגר' שהכונה לכ"ת בזה לפי' דהנמקי כתב בשם רש"י ז"ל בשיטה הסמוכה למשכנת' בהפך מה שרלהו הרב ז"ל והנה למ"ש כ"ת לעיל בסמוך דהנמקי ז"ל מפרש כו' מפרש דברי רש"י ז"ל כמו שפירשם הריטב"א ז"ל אין מדברי הרב הנמקי ראיה שהרי הרב ז"ל לא בחר בזה ולא הטה אזן עליה' וכמ"ש לעיל

ואשר אני אחוה לי בדעת מהריב"ל ז"ל טוב ויפה בזה שהרב ז"ל כתב מה שנראה כפי מה שנראה לפי הסברא הישרה ומה שהדעת נוטה לומר יותר אמנם אם יש מי שאמר בהפך לא נטפל הרב ז"ל בזה כי מי יוכל לבטר דעות כל הפוסקים בדין זה וכדומה שבקונטריסי הרלבון כתבתי גם כן קרוב לזה או שמץ מנהו כפי הראשים בזכרוני כי לא נשאר העתקתי בידי

ותו כתב כ"ת וז"ל ועוד שהרב ז"ל עלמו כתב בהפך למטה ע"כ ואני שתעתי ולא אבין מה היא הכונה לכ"ת בטעם ועוד זה אם הכונה שמהריב"ל ז"ל כתב להפך בדעת רש"י ז"ל בשיטה הסמוכה למשכנתא בהפך זה אינו אלא נמצא בדברי הרב ז"ל שאמר כן לא למעלה להפך ואם הכונה לומר דלמטה כתב בשם רש"י ז"ל דהשתא שכן מסלק ללוקח ואפילו הוא המלרן וטעם ועוד זה דקאי א לעיל שכתב כ"ת דעדיפא ליה ה"ל לאשמועינן דמסלק אפי' למלרן וכתב כ"ת שכן כתב למעלה והשתא חזר והקשה שכן כתב גם כן למטה הנה נאמת אם זו היא הכונ' אין סדר לדברי כ"ת בזה דשירוב לשונות יש כוון דשתי קושיו' אלו דאויות להיו' סמוכות

זו לזו וה[ק]ושית הרב הנמקי באמצע. פסיק להו בסכינא חריפא ותו קשיא לזה דעל זה לא יצדק לומר שהרב כתב בהפך למטה שהרי לא כתב הרב ז"ל דאחר דוקא ולא מצרן כדי שנקשה עליו דלמטה כתב בהפך אלא דקשיא לך אמאי נקט אחר לאשמעינן רבותא אפילו מצרן נמי וק"ל ובכפי האמת הכל מתוקן עם מ"ש לעיל אלא שראיתי לעמוד על עיקר כונת דברי כ"ת כי נראים בלתי מתוקנין בעיני

ואשנה אף אני חלקי בדברי הר"י ברצלוני שכתב הטור סנ"ו במאי דכתב וכן נמי כל היכא דאמרי' אין בו משום דינא דבר מצרא כגון לאשה וליתמי ובשותפי כו' וקודם כל דבר אודיע למעכ"ת שמה שפירשתי אני הדיוט בדברי הר"י ז"ל כן נראה שהבין מהרי"ק ז"ל מתוך מ"ש בדין אשה ויתמי ס"ט דברי הר"י ודברי הטור דלפי מה שפי' מהרמ"ך ז"ל דברי מהרי"ק ז"ל נראין כמשנה שאינה צריכה במה שהביא שם דברי הטור והר"י כיון דלא שייכי כלל לדין הנז' אמנם לפירושינו בדברי הר"י אתי שפיר הומר שהרב ז"ל כתב במקומו המיוחד מה שכתב הטור לעיל אגב גררא לאשמועינן חדושא שלא כתבו הטור בהדייא וכמו שאבאר מהו החדוש הזה ובאופן אחר באמת אין טעם לדברי הרב ז"ל שנראין דברים טפלים מבלי מלא כיון דאיכן ענין לדין הנז' וזה מבואר גם הרב המובהק מהר"א ששון ז"ל הפליא לפלפל פלפול עצום ורב בדברי הר"י ז"ל והסכים לומר שהפירוש האמתי והמחוו' הוא מה שפירשתי אני בדברי הר"י ז"ל והואיל ואתא לידן דברי הרב ז"ל נימא בהו מילתא וזה שהרב ז"ל הפריז על המדה בפירוש זה ואמר דמה שפירש בו מהרמ"ך ז"ל אינו נכון דלשון וכן שכתב הר"י ז"ל לא אתי שפיר

ולע"ד נראה דאי מהא לא איריא דודאי גם לפירוש מהרמ"ך ז"ל נוכל ליישב תיבת וכן כפשטה דה"ק כי היכי דאם קדם מצרן אין בעלים הראש' יכולין לסלקו כן נמי אם קדמו אשה ויתמי ושותפי אין בעלי' ראשוני' יכולי' לסלקם וזה ברור ומבואר ודברי הרב בזה לא יכולתי להבינם ולהסבירם

עוד כתב הרב הנז' ואמר דלפירוש מהרמ"ך ז"ל קשה דמהיכא תיתי למימר דאשה ויתמי ושותפי דבעלים הראשונים יוציאו מידם ונראה דהא נמי לאו מילתא היא דהוה תיסק אדעתין למימר דדינא דבעלים הראשונים חמיר טפי מדינא דב"מ דאפילו גבי אשה ויתמי נמי איתיה דהא שומא קי"ל דהדרא משום הטוב והישר ואשה נמי חייבת להחזיר כמ"ש הטור סי' ק"ג והיה אפשר לו' דדינא דבעלים הראשונים הוי כמו שומא ואשה ויתמי חייבין קמ"ל הר"י ז"ל דלא ואע"ג דכתב דאם קדם מצרן דאין הבעלים יכולין לסלקו אין ללמוד אשה ושותפי ממצרן דשאני מצרן דיש לו קצת קנין בגוף הקרקע כמ"ש הרא"ש והר"ן והנ"י והביאו דבריהם הרב ז"ל בש"ו ומ"ה הוצרך לאשמועינן נמי בהדיא אשה ויתמי ושותפי באופן דכל מה שהקשה הרב ז"ל גם לפי' מהרמ"ך ז"ל אין דבריו מבוארים כל כך וק"ל

אמנם מה שהניעני מעיקר' להבין בדברי הר"י ז"ל מ"ש ולא מה שפירש בו מהרמ"ך ז"ל הוא מטעם אחריני וזה דלישנא דהר"י ז"ל דכתב כל היכא דאמרינן אין בו משום דינא דב"מ כו' לא דייקא שפיר לפירוש מהרמ"ך ז"ל דלפירו' כיון דלישנא הוכן נמי ואשה ויתמי קאי כמו שנראה מדבריו לא ה"ל למימר אלא וכן נמי מאן דאמרינן ביה דאין בו דינא דב"מ אבל לפירושנו ודאי דיקא ודיקא דמשמע דקאי הכל בשוקא דקאמר תלמודא לית בה משום דב"מ דהוי דינא נמי כמו הכא דאם קדם מצרן לא מסלקינן ליה וזה מבואר וכן נמי לפירוש הרב מהרמ"ך ז"ל לא ה"ל למימר כפי דקדוק היטב בלשון לאשה וליתמי ולשותפי בלמ"ד בראש כל תיבה ותיבה אבל למאי דפרישית ניחא כיון דהר"י הוא לאשמועי' דינא בכל דוכתא דקאמר תלמודא לית בה משום איהו נמי לישנא דתלמודא נקט וזהו מצד הלשון

אמנם מצד הענין יש להקשות לפירוש מהרמ"ך ז"ל דאם איתא לפירושו ליערבינהו הר"י לכולהו בגוונא אחתא וליתני הכי ומיהו אם קדם מצרן ואשה ויתמי ושותפי אין בעלים הראשונים יכולין לסלקם ואולי מהר"א ששון ז"ל לזה כיון במאי דכתב דלשון וכן לא אתי שפיר לפי' מהרמ"ך ז"ל שהכונה לו בזה אמאי פליג להו בתרי בתי כן נר' בעיני אע"פי שהרב ז"ל קיצר במקום שאמרו להאריך ולבאר דבריו איך שיהיה נראה דכל אלה הברו לבחור במ"ש בדברי הר"י ז"ל

איברא שמה שהקשה כ"ת לפירושנו זה דמהיכא תיתי שאם קדם מצרן וקנה דהאשה והיתו' יוציאו מקמ שהוצרך להשמיענו זה דלא יהא אלא אחר שקדם וקנה פשיטא ופשיטא דאין האשה והיתום מוציאין מידו אע"פי שהרב מהר"א ששון ז"ל לא שת לבו לקושיא זו נראה בעיני שהיא קושיא אלימתא ונראין דברי כ"ת בזה ואין ספק שמהרמ"ך ז"ל הכרח זה הניעו לפרש מה שפירש בדברי הר"י ולהוציאן מפשטן והטיב כ"ת כל מה שדבר בתת טעם ודעת לדברי מהרמ"ך ז"ל

אך אמנם אחרי שפשט דברי הר"י ז"ל מוכיחין כמ"ש ובני' כנתרות הזהב מהרי"ק ומהרא"ש ז"ל תפסו פירושינו עיקר על פי שני עדים יקום דבר והקושיא שהקשה כ"ת יש לה תשובה ומאי דאתא הר"י ז"ל לאשמועינן הוא היכא דבאים שניהם כאחד המצרן עם האשה והיתום לקנות מיד המוכר דלא נימא דאשה ויתום קודמין למצרן אלא הרי הם כשני מצרנים ממש וחולקים ביניהם ואשמועינן נמי דאם קדם מצרן דאין האשה והיתום מוציאין מידו אע"ג דבאו שניהם כאחד לקנות

ומצאתי לזה סמוכות מדברי מהר"ש ז"ל בתשובות דשייכי לספר קנין סוף סימן ל"ה יע"ש ומ"ש כ"ת דלא קשיא למהרמ"ך ז"ל מה שהקשתי איך יפרש מלת ולשותפין שקיל טיבותך ובדי אחיזרי שכבר ראיתי אני זה וכתבתי סביב הקונטרים דהדרי בי מזה ויש מקום קפידא על זה שאתה חפץ להשיגני ובאנס תריבני וכבר הודעתי כאשנה איך כל מ"ש על זה בדברי הר"י ומהרמ"ך ז"ל בפי' דברי הר"י ז"ל היה במעט עיון אלא דרך העברה בעלמא ואעפ"כ תהלי' לאל חיי כיונתי לדעת גדולי' ולדעת האמת שיבו בני מעי ספקות שלכם כך כו'

עוד אני מדבר בזה הואיל ואתא לידן דנראה מדברי הר"י ז"ל דדוקא אם קדם מצרן אין בעלי' הראשו' יכולים לסלקו אבל אחר דלאו מצרן מוציאין מידו וזה הפך דעת הר"ן ז"ל והנ"י והג"א שכתבו דאפילו מיד אחר שקדם אין יכולים לסלקם ויש לתמוה איך כתבו הדברים סתם ולא הזכירו דעת הר"י ז"ל ודוחק לומר שלא ראו דברי הר"י ז"ל ותו דהרב מהרי"ק ז"ל למה לא הרגיש בזה כלל ומה שנראה לי בזה שהמפרשים הנז' הבינו בדעת הר"י דמאי דנקט מצרן ארחא דמילתא נקט ולאו דוקא מצרן וכיון שהם סוברים כן בפשיטות ודברי הר"י ז"ל יש לפרשם שלא יחלוק על סברתם מש"ה לא הזכירוהו לפירוש הרב מהרמ"ך ז"ל אין מתיישב זה כלל שהרי פרט אשה ויתמי ושותפי ותו לא אחריני ואם המפרשים הנז' ומהרי"ק ז"ל הבין פי' זה כדברי הר"י ז"ל יש נדקדק עליהם מ"ש בלי ס'

עוד ראיתי מה שדקדק כ"ת על הטור ז"ל דגבי בעלים הראשונים נראה שהסכים לדברי הר"י ז"ל דכל מקום שנאמר לית בה משום דב"מ אם קדם מצרן וקדם וקנה

ועוד זה וגבי משכנתא נראה שהסכים לדעת אביו הרא"ש כו' והנה לפירוש מהרש"ך ז"ל אשר באר בו כ"ת אין מקום לדקדק כן שהרי הר"י לא אמר כן בכל מקו' אלא גבי בעלי' הראשונים דוקא אבל בעלמא לא וכ"ת לא חש לקושיה בזה וזה מבואר ונגלה אך קושטא דמילתא לפי הפירושים לא קשיא כלל שהטור ז"ל כתב דברי הר"י ז"ל ללמוד מהם גבי בעלים ראשונים אבל במאי דכתב וכן נמי כל היכא דאמרי' לא ס"ל כוותיה כמו שביאר הוא עצמו בדין המשכנתא ·

וראיתי מ"ש כ"ת לומר דהר"י לא אמר כן אלא גבי בעלים הראשוני' ואשה ויתמי ושותפי שאין להם חלק בגוף השדה אבל במשכונא דסורא שכוניה גבי אפילו קדם וקנה המצרן המלוה מסלקו ודקדק כ"ת זה מדברי הר"י ז"ל דפרט להני דוקא אשה ויתמי ושותפי ולא אמר סתם וכן נמי כל היכא דאמרינן לית בה כו' ואין דבריו מחוורים בעיני דהר"י ז"ל כללא כייל כל היכי דאמרינן כו' ומה שפרט אשה ושותפי ויתמי לחנא נקטינהו משום דאיכא דוכתיה טובא בגמ' דקאמר לית בה דינא דבר מצרא ולא שייך למימר בהו הך דינא דהר"י כלל כמו שאמרו לכרגא ולמזוני ולקבורה לית בהו דינא דב"מ וכן נמי אמרינן בגמ' למכור ברחוק ולגאול בקרוב לית דינא דבר מצרא וכן נמי מכר כל נכסיו לאחרים לית בה דינא דבר מצרא וכן יש אחרים ובהני לא שייך דינא דהר"י דאם קדם מצרן וקנה ולכן הוצרך לבאר דהאי דקאמ' וכן נמי כל היכא דאמרינן היינו היכא דשייך כגון אשה ויתמי ושותפי וה"ה נמי אם כתא דאיתו נמי בכלל מאי דאתא' בהו לית בהו דינא דב"מ וכמ"ש בפנים ראשונה.

סוף הדברים ראיתי שרצה כ"ת על מה שהקשיתי על דברי הרב הנמקי שכתב ולכ"ע נפקא לן דאינו מוכרח דיכלול דעות כל המפרשים עד שיקשה עליו דהרשב"א ז"ל כתב בהפך ושאפשר שהנ"י לא ראה דברי הרשב"א ז"ל ולפיכך כתב ולכ"ע ע"כ דברי כ"ת וזה דחייה בקש והרוח ישא אותם דאיך תיסק אדעתין שהרב הנמקי ראה תחילת דברי הרשב"א ז"ל ולא סופם ובשלמא אם הנ"י ז"ל לא מזכיר סברת הרשב"א ז"ל לעיל גבי משכנתא לא מינה ולא מקצתה החרשתי אבל הרב הנמקי כתב כל דברי הרשב"א שכתב ה"ה ז"ל משמו בפי"ב זולת דבר א' שהשמיטו בסיבה ידועה שלא הביא רק מ"ש הרמב"ן ז"ל ואין הן דברי הרשב"א וכמ"ש כמ"ן ואח"כ אחר שראה דברי הרשב"א במשכנתא איך כתב בהפך והשכים דעת הרשב"א ז"ל בכלל שהרי הרשב"א גם הוא מהמפרשי' שהזכיר לעיל ונתבארו כל דברי על הדין ועל האמת ומי שחותמו אמת ישפות לנו שלום ויראנו מתורתו נפלאות ויצילנו משגיאות מעתה ועד עולם אכי"ר

ואין להאריך זולת אלי יבואו לפני מעכ"ת שהקונטריס הראשון יתנהו ביד אחי יפת הגדול החכם השלם הרופא המובהק כמה"ר משה הכהן נר"ו למהר לשלחו אלי עם הראשון ולא"ר יחשב אם יעשה לי הדבר הזה ואם זה הקונט' אין צורך למעכ"ת לשכנו בידו שמה מה טוב ומה נעים שבת אחים גם יחד ועל לשון הממ"ע לא יכולתי להתאפק להיות פלפול ארוך וצריך יישוב ופנאי גדול מה שאין לי בעת והוא שמור בידי לעת חזון למועד לכשיהיה לי שעת הכושר להשתעשע בדברי מעכ"ת הנחמדי' מזהב ומפז רבותיה זה שלום מאתי נאמן אהבתו נרצע לעבודתו ודתו דת אש כנס האיש החפץ חיים איש ישראל אשכי רבה ונחלא כיא ונענה הזעירי בכמה"ר שמואל משרחי כהונה זלה"ה

סימן קיז

ראיתי לגלות אזן מעכ"ת מה שנסתפקתי בדברי הרב מהרי"ק ז"ל ובדברי מהרש"ם דנפיק מינה לענין דינא טובא כתב הרב מהרי"ק ז"ל בטור ח"מ סימן קע"ט על מ"ש הטור ז"ל דבר הידוע משל שותפין אין לא' בו חזקה על חבירו ז"ל וכ"ל שצריך נ"כ להעמיד בדאיכא סהדי שלא חלקו השותפות הא לאו הכי נאמן במגו דאי בעי אמר כבר חלקנו ונפל חלוקה אע"פ שהוא דבר הידוע לשותפו המע"ה וכיוצא לזה כתבו רבי' ירוח' עד סוף הלשון וק"ל על דברי הרב מהרי"ק ז"ל טובא דמדברי הגמ' והפוסקים נראה דאין צריך שיעידו שהן עדיין שותפין דהא אמרינן בפרק חזקת הבתים דמ"ה ע"ב אמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי כלומר מיירי שמו' דאיכ' עדים שהן עדיין שותפין כדברי הרב ז"ל ולא חלקו פשיטא ומאי איריא אמ' שמואל שותף אפילו כל אדם נמי והוק וכן נראה מפ' הבית והעליה שנפלו כו' פריך בגמ' ולחזי ברשותא דמאן קיימי וליהוי אידך המע"ה ומשני דכניסהו הך לרשותיה ושותפין כה"ג לא קפדי אדרבא כו' והשתא לדברי מהרי"ק ז"ל דכתב דאיכא סהדי דלא חלקו והשכים הם בעין א"כ ה"ל עדים וראה ומאי איריא שותף כל אדם נמי דינא הכי וק"ל וכן נראה בהדיא מדברי התוס' דאין צריך שיש עדים שעדיין הם שותפין בפ"ה דף כ"ט ד"ה דלא החזיקו אהדדי ואע"ג דתנן לקמן השותפין כו' ע"ש וכן נראה מדברי הטור סימן קמ"ט שכתב השותפין אין מחזיקין זה על זה כו' ודוקא שידוע בעדים שהוא שותפו וע"כ מה שכתב הטור שהכרח הוא דליכא עדים שהם עדיין שותפין ולא חלקו דאל"כ איך כתב שישבע זה שכנגדו שהוא כדבריו ויטול הרי איכא עדים שהיא שלו ובמקום עדים אין מוסרין שבועה כלל ·

ומעתה הראיה שהביא מהרי"ק ז"ל לדבריו מדברי רבינו ירוחם במחילה מהרב ומעלמותיו הקדושים אינה ראיה כלל דהתם טעמא דמילתא משום דשותפין כה"ג קפדי אהדדי כלומר שצריך לכלנא וכיון דקפדי הרי הם כשאר אנשים דעלמא דיש להם חזקה דהיה להם למחות זה על זה אבל מ"ש הטור בסימן קע"ט איירי בשותפין דלא קפדין וכ"כ הרי"ף והרא"ש ז"ל וכן מבואר בריש השותפין מסכת בתרא דוק ותשכח זהו מה שהוקשה לי בדברי מהרי"ק ז"ל

והנה ראיתי להרב הרש"ם ז"ל בתשובה שהייתי לח"ה סימן י"א שנסתפק בדברי הרב מהרי"ק ז"ל אי בעינן שיחזיק ג"ש בקרקע כי היכי דתיהוי ליה חזקה או לא ונראה מדברי הרב ז"ל שם דלאחר ג"ש מיהא פשיטא ליה דיש לו חזקה בקרקע וק"ל על דבריו דנראה לע"ד דבנדון הרב ז"ל אפילו אחר ג"ש דין הוא שלא יהא לו חזקה משום דהוי יורד ברשות ואין לו חזקה לעולם ונתבאר בדברי הטור סימן קמ"ט ובדברי הריב"ש ז"ל גדול האחרונים סימן שכ"ז וכן היא הסכמת כל הפוסקים האחרונים כיון דהך מילתא הוי פלוגתא דרבוותא אמרינן קרקע בחזקת מריה קמא ולא ראיתי להאריך בזה כי אחר החיפוש בדברי הפוסקים ימצא כ"ת כל זה מבואר וזהו מה שנקשה לי בדברי הרבנים הנז' והם כללים גדולים בדיני החזקות וחזקת השותפין וראויים להיות לטוטפות בעיני המעיינים ולכן ראיתי להודיעך האמת מה שנראה לי לענין דינא וכ"ת נ"כ יראה בדברי הפוסקים כמנהגו הטוב אולי יאיר לנו בזה בדברי הרבנים הנז' בפרט בשמ"ע בדברי מהרי"ק ז"ל

סימן

סימן קי"ט כאן אשתו ומזומן למלותו. השאלני בכמהר"ר שמואל מפרחי כהונה זלה"ה

סימן קיח

מה שהשבתי שנית להחכם הנז' שנת השל"ב

ידיך ה' נס בני אדם גם בני איש אהב. טהור לב יתיב בתוונא דלבאי בגן של קדושים החכם הכשנב כמה"ר חש"אי בכמהר"ר שמואל מפרחי כהונה נר"ו אדש"ו מה נכבד היום בראותי מעשה ידיך להתפאר מה יפין ומה טובים בהוד והדר וכתיבה תמה ומאושרת ישר כחך ספרא רבה ויקירא תתקרי ויהי כי עליתי אל מרום קנו לתור אחר הענין והכוונה ואחזה אנכי חזות קשה דברים קשים כנידים ודברים שלא ניתנו להכתב ככתובין וכמסורין דמו אבל כ"ת זה חזיתי כוכתך רלויה לקנתר בדברי חירופין וגידופים ולא כן אנכי עמדי פוק חזי מ"ש בקונט' הראשון קרוב לעשר'דפין היא בלשוני עולה אפילו שמץ מנהו כי אם לכבוד ולתפארת בנחת נשמעים כדרךהחכמים כמו שלמדתי מרבותי אשר הם חיים עדנה י"א ואתה האח נטית אל קצה האחרון וירו אוחות בעקב המריבה והקנתור ודברי חירופין וגדופין ראה גם ראה מה שכתב'דברי' או אין להם טעם וריח והם דברי'טפלי'מבלי מלח וזאת שני כתבת וזה טעות מפורס' כו' יצא הכתוב השלישי שכתבת זה דחיה בקש והרוח ישא אותם כו' וכאלה רבות עמך אם אמרתי אספרה אחת מני אלף אבא בגבורות לא ידעתי ספורות ואם בצדק כל אמרי פיך אפילו פרק א' או הלכה א' החרשתי כי אין הכר שוה בערך אל החכמה ואל התבונה ועם כל זה לא לך לא לך ודברי' כאלו לא ניתנו לאיש כמוך כ"ש וק"ו כי אין בכל דברי כ"ת בקונט' דבר א' מדבריך על מה לסמוך והעבודה כשראיתי קונט' אחרון אמרתי אין לשתי קונטרי' אלו ישיבה אחת בעולם ואי אפשר בשום פנים ששניהם מרועה אחת ניתנו דלא ראי זה כראי זה זה קם וזה נופל ראשון לכל דבר שבקדושה ידו החזיק סולת נקיה בלשון נח וקבר כאשר נאה לחכם שכמותך וזה האחרון אין בל דבר שלא הגיעהו כפול זה עשר פעמים וגיאות מי יבין במחילה מכ"ת ולא די שאתה מגבב דברים שאינם ראויין לשלחן של מלכים של חכמים ושל סופרים אלא שעושה חרות והנזמות והשמחה במעונו במעיו וקרביו על שזיכהו השם לחכמה כפלאה ואמת יהגה חכי שאם דברי קונטרים הראשון הוא שלא שפחן כ"ת קונט האחרון לא יצא מפי כ"ת חלילה וחס אלא אחד מתלמידיו הקטנים בחכמה ובמנין שלא ידו לכתוב דברי שבושים ותלה עצמו בדברי כ"ת ואם קונטרים אחרון הוא מתורתך אתה יצרתו אתה כוננתו אמינא ולא מסתפינא דכד גאים'וגביב אמרת להאי שמעתת' דחש ליה לורעי'דהשא שמתבך במשך הטעיות כאלו ובשמים עדי כי לא לכבודי ולכבוד בית אבא דברתי עד הנה כי שבח לאל דרכי להיות מן הנעלבים ואינם עולבים אך אמנם הציקתני רוח בטני לכתוב שורותים אלו מאהבה מסותרת ביני ובינך והחכמים השלמים אחיך נר"ו כי אין כל חדש תחת השמש והכל תחת האפשר ומי יודע אם יגיעו הימים ויתנך ה' לראש לשבת על כסא ההוראה וגם אתה תדין לא יאמר עליך כי רבים חללים הפיל'ח"ו לכן האח שמע בקולי איעצך ויהי אלהים עמך בשבתך עם זקני ארץ זקנים שקנו חכמה נושא ונותן עמהם במלחמתה של תורה נכור לשונך ושפתיך מדבר מרמה וכל דבריך בספר כתובים יהיו בכבוד ולא בביזוי בנחת ולא בצער וה' היודע ועד כי שומה היתה בלבי שלא להשיב לכ"ת בדבר זה כי אותך ראיתי רודף אחר הקנטור וזכרתי דברי רבי יהודה אל יכנסו תלמידי מאיר לכאן מפני שקנטרנים כו' אלא שאהבה עזה ביני ובין כ"ת והחכמים אחיך יצ"ו אלצני לקחת קסת הסופר במתני ולהראותך כי במקום שחשב לא עמד ובמקום שעמד לא ישב

ראש לחלי מ"ש כ"ת על מ"ש דברי בה"ע אינם ענין לדברי הרמב"ן ז"ל כו' וכתבת דבכלל דברי העיטור ישנם לדברי הרמ"בן ז"ל ואין ספק אצלי שאהבת הניכוח הביאו לזה שאם היית מעמיק בדבר עוד מעט הנך רואה בעיניך דאע"פי שכתב בעל העיטור דהמכרן מוציא מיד הממשכן עדיין איפשר דהמתשכן מוציאו מיד אחר דמכרן עדיף טפי ממתשכן והמשכן מאחר אם לא שנאמר דהא בהא תליא וכדברי ראשון וזה פשוט כביעתא דכותחא למורה על האמת

גם ראיתי מה שרלית להרהר אחר מ"ש לדברי הטור ז"ל איפשר דאם קדם אחר וקנה שדה הסמוכה למשכונא זכה בדקדוקי עניות מהשל ימעטו ובהרחבת לשון כפול ומכופל וכמה דיו משתפך וקולמוסים משתברים לא לעזור ולא להועיל ולא פנה אל ההכרחיות שכתבתי להכריח דבר זה הכרחיות רבים ועצומים ובפרט מ"ש הטור בסעיף ס"ה ותגא דמלכא אם היית מתיישב בדבר הזה היה רואה שכל דקדוקים אלו הגם כאין ופעלם מאפעני ומה גם מ"ש שהסמ"ע לא אמר שיהא זה דעת הטור למהרי"ק ז"ל אלא סברא דנפשיה אמרה בדברי הטור לא היית כותב כדברים האלה אם היה רואה דברי הסמ"ע במקומם אין צורך להזכי' פה אם תדרשנו ימצא לך כ"שוק"ו שאני לא כתבתי שיהא כן דעת הרב ז"ל בהחלט בדברי הטור אלא שהשב אולי פירוש דברי הטור כך ואין לנו להניח ודאו של הרמ"בן ז"ל ושאר רבוותא מכני ספק דברי הטור והרחבת הדבור בזה להג הרבה ויגיעת בשר

ויודע לכ"ת שמה שכתבת שיש לדקדק על דברי הרב כוסף על מ"ש כעס ראשונה והולרכת לתרץ דהרב ז"ל הולך לשברתו דהא בהא תליא כך הייתי סבור גם אני לפרש דברי הרב ז"ל והייתי מדקדק כן מדברי ה"ה ז"ל שכתב בפי"ב דשכנים ועוד הוסיף הרמ"בן כו' עוד כתב בדין משכונא כו' ולזה הסכים הרש"בא כו' עוד כתב הרש"בא ז"ל כו' ומריהוט לשון זה ממש דהרש"בא ז"ל הדש דין זה האחרון מן הראשון אבל אין כן דעת הרמב"ן ז"ל בדין זה וכך יראה מדעת הכ"י דלהרמב"ן ז"ל בשדה הסמוכה למשכונ' כשם שאין כח בבעל המשכנתא להוליאו מיד אחר כך יש כח למכרן להוליאו מיד הממשכן ואיפשר דיש מי שחלק שכתב ה"ה הוא הרמ"בן ז"ל ולפי זה מ"ש הרב על דברי הטור כן משמע כו' וכן כתב העיטור הכונה לרב ז"ל שהטור דעתו אינה שוה לדעת הרמב"ן והעיטור שלפי דברי הרמ"בן והעיטור אפי' שאר המלרנין מוציאין מיד הממשכן דהא בהא תליא ודעת הטור דדוקא הלוה מוציא מיד הממשכן אבל לא שאר מלרנין בש"ת במ"ש הטור דלוה משכב על המלוה ואין המלוה משכב על הלוה מסכימין עמו הטור והרמב"ן מכ"ש שאם שאר המלרפין מוציאין מיד המלוה כ"ש הלוה שהוא לוה ומלרן אבל כד מעיינינן שפיר בדברי הרב ז"ל שכהנא שפירוש הזה בדברי הרב ז"ל אין לו קיום והעמדה חדא דמי גילה לו להרב ז"ל דהרמ"בן ז"ל סובר דשדה הסמוכ' למשכונ' להא בהא תליא כיון דבפירוש כתב בדין משכונא עצמה דלאו הא בהא תליא ואם הרב ז"ל הכרי' כן בדברי הרמב"ס הוא מפני שלא גילה דעתו משכונא

ומשמעות הא כהא תליא אבל הרמב"ן ז"ל שגילה דעתו בדין משכונא דלאו הא בהא תליא מנ"ל לרב ז"ל דבשדה הסמוכה למשכונא ס"ל להרמב"ן דהא בהא תליא ולא יסבור דכדין משכונא עצמה כך דין שדה הסמוכ' למשכונא איבר' דמדברי ה"ה משמע כדכתבינן מעיקרא :

אבל עוד אחרת יש קושיא עצומ' וגדול' היא אלי שאם דעת הרב ז"ל לפרש כן בדברי הרמ"בן בסמוך שהגיע לפרש דברי הרמב"ם והכריח מדבריו דהא בהא תליא למה לא הכריח כן ג"כ מדברי הרמב"ן ז"ל שדבריו הם אות באות תיבה בתיב' כדברי הרמ"בם ז"ל בשדה הסמוך למשכונא אלא ודאי הפירוש הנכון בדברי הרב ז"ל הוא הדב' אשר דברתי בפעם ראשונ' שדעת הרב ז"ל בדברי הרמ"בן דבין בשדה הממושכן עצמו בין בשדה הסמוכה למשכונא מילתא פסיקתא קתני ומה שדקדקת על הרב ז"ל וכתבת שהוא דקדוק נכון אין זה נכון שדברי הרמ"בן ברור מללו בדברי הטור דמדכתב הרמ"בן דהלוקח והממשכן שוים ותלה הטעם משום דלית להו בגופה דארעא מידי ודאי דהלו' דיש לו חלק בגוף השדה מוציאו מיד הממשכן דלית ליה בגופ' דארעא מידי והוא ממש כדברי הטור ואע"פי שכבר כתבתי בקונטריס הראשון ביאור דבריו בת"ש וכ"כ בעל העיטו' עתה כתיישבתי בדבר וראיתי לבאר דברי הרב בהמשך הכול' האמור' למעל' והיא זו הרב ז"ל כתב שכדברי הטור משמע מדברי הרב רמ"בן כדכתבינן וכתב על זה שכ"כ הרב בעל העיטו' כלומר ממש כדברי הטור דמדכתב בעל העיטור אבל לגויי מכרן ולקנות שדה אחריתי מפיק מיניה שהרי אין לו קרקע אלא דמים במלוה עם הלוה דבר דשייך האי טעמא דלמלוה אין לו אלא דמי' וללוה יש לו חלק בגוף השדה ואע"פי שכתב ואיכא מאן דפליג על זה וסובר דזה הטעם דלמלוה אין לו אלא דמים לא מהני ללוה להוציא השדה מיד המלוה לא חיישינן להו במקום כל הני רבוותא ולמטיב העיון בדברי הרב יראה שזה נכון

ומ"ש כ"ת על מ"ש אחר דברי הרב ז"ל בב"ה ולפי זה כו' וז"ל כ"ת ולע"ן נראה שהדין עם מהרש"ך כו' והמפקפק בזה מן המתמיהים ע"כ אלו דברים שאין להם שיעור חדא דמה ענין מ"ש על דברי הרמב"ם ז"ל דשדה הסמוכה למשכונא לשדה הממושכן עצמו לשיכתוב מהרש"ך בפשיטות שמ"ש הרב ז"ל ונראה כו' קאי לדברי הרמב"ם והלא אע"פי שהרמב"ם ז"ל יסבור בשדה הסמוכה להמשכונא דהא בהא תליא איכא' דבשדה הממושכן עצמו יסבור כדעת הרמ"בן והרש"בא דמילתא פסיקתא קתני כמ"ש הרב בספר בדק הבית והן לו יהי כדבריך שלפי מ"ש הרב לדק מהרש"ך שלסברת הרמ"בם ז"ל קאי מי זה הוא אשר מלאו לבו לומר שלא כדק שרצה כ"ת להפך בזכותו ומי שידקדק ויבין דבר לאשורו יזכה ויבחין שלא כתבתי אלא דלפי מ"ש הרב בספ' בדק הבית ת"ש ונראה כו' לא קאי לשברת הרמ"בם מההכרח שכתבתי בקונט' הראשון אבל לא יתחייב מדברים אלו שמהרש"ך ז"ל שכתב דלסברת הרמב"ם קאי לא כדק בזה במחילה מכ"ת לא ידעתי אי זה עבר רוח ה' מאתך לכתוב והמפקפק בזה מן המתמיהים עם עיות שכ"תשגה ברואה אם לא כמאמרם ז"ל בא לכלל כעס בא לכלל טעות אף על מה שכתב כ"ת ואין להפליא על הרב ז"ל מזה כו' פקחתי עיני וראיתי שמ"ש כ"ת הוא כלל מה ידע מה שלא ראינו ולא שמענו בשירנו זאת יע"א ומה ששמענו מרבותינו י"א שלפעמים פוסק אחד עושה הג"ה בספרו כהרב ז"ל שעשה בדק הבית על ספרו ומוסיף על מ"ש בספרו ולפעמים חוזר מסברתו ומעביר הקולמוס ממ"ש בספר ב"י ובשאנו רואים שמוסיף דברים על דברי ספר ב"י ואינו מעביר הקולמוס ודאי מוסיף על דבריו הוי הגה' שיחזור ממ"ש בספר ב"י וכשמעביר הקולמוס על איזה דבר מספר ב"י ודאי מעביר על דבריו הוי שחוז' מסברתו שכתב בב"י ומסכים למ"ש בספר בדק הבית אבל שיחזור בו בספר בדק הבית ויכתוב דברים שסותרין למ"ש בספר ב"י ומשנה ראשונה לא זזה ממקומה מספר ב"י לא שמענו בלתי היום מכ"ת

ולבי ראה מ"ש כ"ת ולא יכולתי להבין מ"ש כ"ה עוד בזה כו' שמהרש"ך ומהרא"דב ז"ל כי לא הלאתי להניח זו ידים מוכיחות כו' עד אמת וקיים ע"כ וראיתי שלבוני הגה והקדר גרם לכ"ת לכתו' מ"ש שאלו הייתי מרא' הדברי' היית מבין כונתי בלי ספק והיא זאת שיראה מדברי שני המאורות הגדולים מהרש"ך ז"ל ומהרא"דב תפשו על הרב ז"ל בשני החלוקות בין בשדה הממושכן בין בשדה הסמוכה למשכונא אלא שאופן תפיסתם על הרב ז"ל דלפי' שיסבור הרמב"ם בשדה הסמוכה למשכונא דהא בהא תליא מי זה אשר דבשדה הממושכן עצמו יסבור דהא בהא תליא ולפי' דבשדה הממושכן עצמו יסבור דהא בהא תליא מי זה אמר דבשדה הסמוך למשכונא יסבור דהא בהא תליא כמו שבא הדב' מבוא' בספריהם ועל זה כתבתי שלפי סברתם לא קשיא ולא מידי

הנה הלום ראיתי מ"ש כ"ת על מ"ש דלפי סברתם לא קשיא מידי ותמה אני הם דברים אלו יצאו מפי כ"ת ולו עיין כ"ת בדברי רגע כמימריה לא היה נופל ברשת זו דמה זו שאלה מדברי הטור ז"ל שבפירוש חילק בין שדה הממושכן עצמו לשדה הסמוכ' למשכונא מחמת ההכרחות שכתבתי ואין אנו יכולין להכחיש המוחש אבל הרב ז"ל הכריח לדעת הרמב"ם משמע דכיון דס"ל דבשדה הממושכן עצמו דהא בהא תליא ה"ה נ"כ בשדה הסמוכ' למשכונא הא בהא תליא כיון שלא פורש בדבריו הפך זה וכיון שלא פירש הפך לזה שרצה הרב ז"ל כל מה שאנו יכולין לקרב דבריו אל הסברא וללמוד מדבריו מאלו לאלו אנו לומדין וזה ברור ואתה האח מרוב חפצך להשיב נתעלם לך זה מן העין •

ולהמשך זאת הכונה על מ"ש ואל הדעת הזה נטה רבינו המופלג מהריב"ל ז"ל כתבת דברים אלו אין להם טעם ולא ריח והם טפלים מבלי מלח כו' ונוראות נפלאתי מה זה היה לבן קיש שנוקש בדב' כשוט כזה ולא עוד אלא בדברי חירופין וגידופין וכמרומה לי שכ"ת עילב עיני שכלו כשכתב דבר זה והיד כותבת דברים שאין תוכן בהם להתחילי הלמוד כ"ש וק"ו בן בנו של ק"ו לגבי חכם בעוז כמוך שדברי נכונים וברורים אין בהם נפתל ועקש שרבינו המופלג מהרי"בל ז"ל רצה לבר' דעת הרמב"ם ז"ל מה הוא שדעתו סתום ועל זה אמר שאם דעת הרמב"ם ז"ל כהרש"בא דבשדה הממושכן עצמו לאו הא בהא תליא השתא ס"ל כהרש"בא ג"כ בשדה הסמוכ' למשכונ' כדי לקרב הסברות בשדה הסמוכ' למשכונא עם שדה הממושכן עצמו ואי ס"ל כרש"י ז"ל דבשד' הממושכן עצמו הא בהא תליא כשטרך למימ' דבשד' הסמוכ' למשכונא ס"ל כיש מי שחלק כדי נקרב הסברות בשניהם והיכן כתוב' בדברי שהוא לשון חיובי לשיכתוב כ"ת דברים אלו כו' ואפי' כאמ' שהוא לשון חיובי לא ידענא מאי קשיא לך על זה שאם כ"ת מכא ליש מי שחלק שסוב' כאדא כרש"י ז"ל ובאדא כהרש"בא ז"ל לא תכני זה נאמ' דאף דעת הרמב"ם ז"ל כן דבשלמא יש מי שחלק שכתב כן בפירוש אין אנו יכולין להכחיש המוח' אבל דברי הרמ"בם ז"ל דבסתם נאמרו הסברא מחייב' לקרב הסברות בשניהם וכמ"ש ועוד אני תמיה עליך מי שגילה לך סתרי תורת יש מי שחלק שסובר כאדא כרש"י ז"ל ובאדא כהרש"בא ז"ל כדי להקשות על הרב ז"ל ולא נאמ' דהיש

מי שחלק עם רמ"י ז"ל אחים ולא יתפרדו ממה מפני שהסבר' מחייבת כן כמ"ש למעלה ואין ספק שכ"ת כמשך אחר דברי מהרש"ך ז"ל שכתב כן ושבורני שכב' כתבתי בקונט' הראשון דיש לתמוה על זה מהרש"ך ולפי דעתי מ"ש ה"ה ויש מי שחלק קאי אלפני דלפני על כל מ"ש בשם הרמב"ן והרשב"א ז"ל בין בשדה המשכן עצמו בין בשדה הסמוך למשכונא ואפילו שלא יהיה את פירוש זה בדברי ה"ה איפשר שיהיה כן דעת רבינו המופלג לב התורה

ומי עתה הרחיב ה' לנו וזכינו לזה אמר מעתה שמה שתפשתי על הרב ז"ל בספר הקפ' היא תפישה דאי יהיה על זה הא פן כיון דהעיטו' ויש מי שחלק לא אמרו אלא דשדה הסמוכה למשכונא אם קנאה המלוה המכרן מוציאה מידו אבל אם קנאה אחר אם הממשכן מוציאה מידו או אינה מוציאה לא גילו דעתם בזה כלל ואיכשר שהם סוברים דהא בהא תליא ואיפש' דהם סוברים דאפי' המכרן מיד הממשכן ואין לו דין מכרן לגבי אחר כמכרן ומוציאה מידו והרב ז"ל ראה בלעתו להכריח דמי שסובר דהמכרן מוציא' מיד הממשכן ה"ה דאין הממשכן מוציא מיד הלוקח מפני שהסברא מחייבת כן דהא בהא תליא וכיון שהרב ז"ל ראה שהסברא מחייבת כן דהא בהא תליא קשה עליו שיפסוק הרב ז"ל בשדה הממושכן עצמו יוציאנ' בן המכר מיד הממשכן כיון דאין המכרן מוציא' מידו דהא בהא תליא מפני שהסברא מחייבת כן ומפני שהלוקח הוא מוחזק לא מהני לן לפסוק כנגד מה שהסברא מחייבת ועוד אם מפני שהלוקח הוא מוחזק הי"ל לפסוק בשדה הסמוכה למשכונא דאם קנה זה המלוה אין בן המכר מוציאה מידו כסברת רובא דרבוותא מטעם דהמלוה הוא מוחזק וזה פשוט ומבואר ועדי בשחק שכבראתי מ"ש על זה כלשון הזה ונפשי נבהלה מאד איך לא השגני שזה טעות מפורסם ומה לתבן את הבר כו' זכרתי מעובדא דשמואל בפרק כל הבשר שאמר על אותו מקרי דרדקי לא משתייה דלא גמיר אלא דמימחא כמי מחי ואם כ"ת היה מתון ומסיך היה רואה שלא נעלם ממני סברת יש מי שחלק וספר העיטו' ואע"פי כן הקשיתי על הרב קושיא חזקה כמו שביארתי

וזה חזיתי מה שרצה כ"ת לומר דאפילו לדעת הריטב"א ז"ל בדעת רמ"י ז"ל הממשכן מוציא מיד אחר והרחיב הדיבור בזה הרבה בדברים שהיה יכול לאמרן בדברו שתים ואני אומר שהייתי רוצה לידע אם כ"ת היה מבין את עצמו בזה אחר במ"ש דמדברי מהריב"ל ז"ל הוכח שלדע' הריטב"א ז"ל בדעת רמ"י ז"ל דממשכן מוציא מיד אחר ומי לא ידע בכל אלה ומה חידש היום בבית המדרש והלא גדולה מזאת כתב מהריב"ל ז"ל מדעתו בדעת רמ"י ז"ל דהממשכן עדיף ומוציא מהמכרן ועל זה כתבתי בקונט' הראשון גברא אגברא קא רמית לא זה הדרך כו' שכ"ת מקשה מסברת מהריב"ל לסברת מהרי"ק ז"ל והא אני שעוד ידו נטויה כהקשות מסברת מהריב"ל ז"ל לסברת מהרי"ק ז"ל דאל"כ מה בכע' אם דעת מהריב"ל בדעת הריטב"א ז"ל דאף לדעת רמ"י ז"ל הממשכן מוציא מיד אחר הרב מהרי"ק סו' ז"ל שדעת הריטב"א ז"ל בדעת רמ"י ז"ל דאין הממשכן מוציא מיד אחר וכמו שהכרחתי שזה דעת כ"י בדעת רמ"י ז"ל

ומה שרצה כ"ת לדקדק כן מדברי הריטב"א מדכתב ואם קנאה מכרן כו' דמשמע דוקא מכרן ולא אחר דקדוק זה לא עמד כי כדפו הרב ודחשו בשתי ידיו כי הרב יאמר לאו דוקא מכרן אלא ה"ה אחר אלא משום דבמכרן קא עסיק על השאלה נקט מכרן כמ"ש בקונט' הראשון במ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל ומיהו אם קדם מכרן כו' ואפילו אם

כנזה לך דהתם דוקא מכרן ולא אחר מהראיה שהביא מדקי"ל א' מן המלרנים כו' כמ"ש כאן מי מעכב על ידינו שלא נפרש דלאו דוקא מכרן אלא אפילו אחר כדכתבינן • ומן התימא עליך שכתבת בקונטרים זה ליישב דעת מהרי"ק ז"ל למה לא ביאר גבי בעלים הראשוני' המדברי הר"י נראה דדוקא אם קדם מכרן אין בעלים הראשונים יכוליב לסלקו אבל אם קדם אחר מוציאין מידו והר"ן כ"י והנהו' אחרי כתבו דאפילו קדם אחר אין מוציאין מידו ואיך לא הרגיש הרב ז"ל בזה ונתבת לייסב זה דלאו דוקא מכרן המוזכר בדברי הר"י ז"ל אלא ארחא דמילתא נקט ומאחר שנכנסת בדוחק זה לומר דאורחא דמילת' נקט כדי ליישב דלא תיקשי להרב ז"ל למה לא תכנים עצמך בדוחק פחות מזה לומר שמכרן הנזכר בדברי הריטב"א ז"ל לאו דוקא ולא יקשה על הרב ז"ל ועל זה אני אומר עלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים

ועוד אני אומר אפילו נימא שדעת הריטב"א בדעת רמ"י ז"ל בבירור דמכרן דוקא ולא אחר וכן מבין הרב ז"ל בדברי הריטב"א ז"ל לא קשיא עליה דרב ז"ל דהרב ז"ל יאמר דאין הפי' בדברי רמ"י ז"ל כדמפרש הריטב"ה אלא כדעת הרב הנמקי כמו שהכרחתי

וגדולה מזאת אני אומר שאפילו נאמר שדעת הרב ז"ל שרמ"י ז"ל סובר דהממשכן מוציא מיד אחר לא קשיא עליה מסברת רמ"י ז"ל דכיון דרמ"י ז"ל לא קאי כסברת המרדכי אע"פי שמדברי שניהם יוצא שלא כדעת הרמב"ן ז"ל אין לכרפו לעשות רוב מנין ורוב בנין עם רמ"י והמרדכי ודבר זה למדתי מתשובת הרשב"א ז"ל סימן תש"ז גבי מחלוקת דרב ושמואל כמו שאבאר אם יגזור ה' בחיים

עוד ראיתי לכת"ר שכתב והיותר קשה לדבריך דאיך אפשר לומר דהרב מהרי"ק ז"ל ס"ל בדעת רמ"י ז"ל כדעת הרמב"ן ז"ל שהרי הרב ז"ל לווה במעשה שבא לידו כו' ומזה נמשך לכ"ת מ"ש שמ"ש הרב ז"ל שהר"ן וכ"י ז"ל כתבו דמילתא פסיקתא קתני הכוונה לומר דגם הר"ן וכ"י כתבו כן בשם הרשב"א ז"ל ע"כ • ואמי תמיה מי הכניסו בתגר זה לעקש הישרה ולהשי' דברים מפשטן בדברים שאין להם רגלים דאיך אפשר לומר דמ"ש הרב ז"ל אע"ג דלכאורה יש לדקדק מדברי כ"י דהכונה לו מדברי רמ"י ז"ל שכתב כ"י ומ"ש וכ"כ הר"ן וכ"י הכונה לו' וכ"כ הר"ן ונמקי יוסף בשם הרשב"א ז"ל דא"כ מאי לכאורה דקאמר הרב ז"ל דמשמע לכאורה כך נראה אבל אחר ההתיישבות לא כן נראה והלא לפי דברת כ"ת זהו אמת ויציב דלא להשנאה

ועוד דא"כ נופלת קושיית כ"ת על הרב ביותר שאת כיון דנמקי יוסף מסברא דנפשיה אית ליה כדעת רמ"י ז"ל הרי רוב מנין ורוב בנין פדעת המרדכי כו' • וחלילה לומר כן אבל האמת יורה דרכו דהרב ז"ל כתב דלכאורה היה נראה לדקדק מדברי כ"י בדעת רמ"י שהמוכר מוציאה מידו ואח"כ נתיישב בדבר וראה שאפילו לדברי כ"י בדעת רמ"י ז"ל מילתא פסיקתא קתני מההכרח שכתבת בקונט' הראשון דוק ותשכח

ובזה המעט שכתבתי אין מקום למ"ש כ"ת דאין להביא ראיה מסתמא והאריה מחלוקת אלא לאידך גיסא הכא ליכא למימר הכי שאם הרב הנמקי היה מביא אחר כך מחלוקת במשכנתא עצמה היה אפשר לדוחה ליחות ולומר אין להביא ראיה מסתמ' שאחריה מחלוקת אלא לאידך גיסא אבל כיון דהרב הנמקי במשכנת' עצמה סתם הדברי' כדברי הרמב"ן ז"ל ולא הזכיר דעת רמ"י ז"ל משום דגבי חזקת

אחר ובתי דחד הזכיר דעת רמ"י ז"ל נאמר שדעת נמק"י במשכנתא כדעת רמ"י וזה אינו עולה בדעת אפילו בדרך רחוקה דאדרבא שוניין לעלמא שוגיא במקומה עדיפא נשור שהמעיין בדברי נ"י גבי ארעא נתר ובתי דחד למראה עיניו ישפוט שלא הזכיר דעת רמ"י ז"ל אלא לאחר מ"ש אחר כך ולב"ע כו' לומר דאפילו שאר המפרשים ז"ל יודו לרמ"י ז"ל בזה ואין להרבות בפלוגתא בין רמ"י והמפרשים ז"ל וזה ברור

ואמנם היום אל העין עין משפטך שכתבת דמ"ש דמה שכתבו תלמידי הרשב"א ומיהו אם קדם מצרן דלאו דוקא מצרן פלוגתא הוא אין רוח הבריות נוחה הימנו דא"כ מה ראיה מייתי מדקי"ל א' מן המצרנין שקדם וקנה כו' ואני אומר אם אין רוח הבריות דלא גמרי ולא סברי נוחה הימנו רוח חכמים נוחה הימנו דאם תלמידי הרשב"א ז"ל היו אומרים בפירוש ומיהו אם קדם אחר היתה נופלת קושיית כ"ת אבל במחילה מכבודך לא ירדת לעומקן של דברים שכוונתי רצונה לומר דמ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל ומיהו אם קדם מצרן במלת מצרן נכלל מצרן ואחר והרי הוא כאלו אמר אם קדם מצרן ואפילו אחר אלא משום דבמצרן קא עסיק עד השתא לא רגל על לשונו אחר בהדי מצרן

ועתה מ"ש כ"ת דמה ראיה מביאים כו' כמהו כלילה דכיון דתלמידי הרשב"א ז"ל הזכירו מצרן ולא אחר מהטעם האמור הביאו ראיה למצרן מדקי"ל כו' כלומר נקוט מהא ראיה למצרן אבל לאחר לא הביאו ראיה אלא מכח הסברא תדע לך דהכי הוא כמה דאמינא דאפילו נודה לכ"ת דדוקא מצרן ולא אחר היכא למידק בדבריהם מה ראיה מביאים שאני התם שהם שוים וכמו שהוקשה זה לכ"ת אלא שמוכרחין אנו לומר דמ"ש מצרן מכח הסברא כתבו כן ולא הביאו ראיה מדקי"ל אחד מן המצרנין כו' אלא לגמור דכיון אם קדם וקנה זכה וכיון שכן הוא אף אנו נאמר דאם קדם מצרן ואפילו אחר אין מוציאין מידו מכח הסברא ומאמרא הלשון שאמרו מש"ה לית בה דינא דב"נ דמילתא פשיטתא קתני היכא דקדים חד מינייהו ולא שאני תוקע עצמי בזה לומר שזו ההלכה הפשוטה בדברי תלמידי הרשב"א או שהרב ז"ל תקע אהלו בהלכה זו חלילה אלא שלא חשש לסברת תלמידי הרשב"א ז"ל מפני שאפשר לפרש בדבריו כמ"ש

ולא הבינותי מ"ש כ"ת ולפי מה שאני מבין מתוך דבריך כו' ולפירוש זה נופל שתי קושיות כו' מפני שאני רואה שדברי הם נכונים ועומדים על בסיסן על קו היושר והאמת הם כתבו לענין מצרן ומשכן דאיזה מהם שקדם וקנה זכה ולגבי אחר המצרן ובעל המשכונא מוציאין מידו וגם בהו שניהם יחד חולקין ביניהם ועל זה כתבו שרבם חולק עליהם בתרתי חדא במ"ש דחולקין ביניהם דעת רבם שבעל המשכנתא קודם וזאת שנית במ"ש דבעל משכונא מוציא מיד אחר דעת רבם דאם קדם וקנה זכה ובהכתיבנא ומה שרצה כ"ת לפרש בדברי תלמידי הרשב"א ז"ל הם כי לא להזכיר כי לא היו תלמידי הרשב"א ז"ל נלעטו לשון לכתוב כלשון הזה שאם דעתם לבטל דעתם מפני דעת רבם מה להם להזכיר סברתם דומה למ"ש מה לנו להזכיר דברי היחיד במקום המרובין ואם נרצה לסבול הדחק זה שרצו להודיע דעתם מה היא היה להם לומר שכך היה נראה להם אבל בטלו דעתם מפני דעת רבם ז"ל

וראיתי אני מה שתפס כ"ת עלי על מ"ש שאיפשר שמ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל אבל דעת רבינו כו' לאו הרשב"א ז"ל קאים עלה אלא הרא"ה ובזה לא יקשה להרב ז"ל כו' והדין עם כ"ת שזה טעות שנלעטו סכין המהירות שברוח אתי היה לומר שבזה לא יקשה להרשב"א ז"ל מדידיה אדידיה והכנסתי בתוך דברי שבזה לא יקשה על הרב ז"ל וליתא וכמ"ש כ"ת ולכן אחי מפוס אל תשכן באהליך עולה יגיה בקונט' שלי ובזה לא יקשה על הרשב"א ז"ל מדידיה אדידיה ראה גם ראה איך אני מודה על האמת ובמה שלא צדקתי הן זאת לא צדקתי אענך אף אתה העבר מעליך לבוש הגאוה ואהבת הניצוח והלבש אותך מחלצות מלבושי האהבה והענוה ומודה על האמת כי זה כל האדם מלא הכמה גם את זה לעומת זה ראיתי מ"ש כ"ת שהוא לא כתב שהרשב"א ז"ל סותר את עצמו כו' ואני אומר הרוצה לשקר ירחיק עדיו וכמדומה שלא זכר כ"ת מה שכתי' בקונט' הראשון ושכרהו

ואף גם זאת עיני ראו מה שרצה כ"ת להלין על עצמו על מה שתפסתי עליו מדוע לא כירך דעת התוס' עם דעת המרדכי ז"ל והאמת עיניו ראשו שכ"ת רצה לעשות לו שמוכות בקש ובגנבה שלא כתב הרב ז"ל מ"ש אלא דוקא כשכותב דעת התוס' אין צריך לכתוב דעת הקדושים הללו שסתמן כפירושן ולזה מזכיר דעת התוס' הראשון לכל דבר שבקדושה ואינו מזכיר דעת הקדושים הללו דעל הסתם הם נגררים אחר התוס' דנוכא בתר רישא גריר אבל שמזכיר דעת מי מקדושים הללו ולא יזכיר דעת התוס' זו לא שמענו מדברי הרב ז"ל ואם תמצא תמצא באחת המקומות שמזכיר דעת הקדושים הללו ואינו מזכיר דעת התוס' היינו דוקא כשהקדושים הללו גילו דעתם בדין א' ובמקום א' שוה בשוה אבל כשאחד קודם הדבר בדין אחד והשאר לא גילו דעתם בדין זה במקומו הידוע לדין זה אלא שמדמות מ"ש בדין אחר מדקדוק דבריהם נראה דהכי ס"ל אינו מניח הרב ז"ל מלכתוב סברת' אע"פי שכתב דעת התוס' וכ"ש שאינו מניח מלהזכיר דעת התוס' מפני שמזכיר דעת מי מקדושים הללו וזה ברור ואפילו נודה לכ"ת בזה איני רואה הקום כטור לכ"ת בזה דלא כתב הרב ז"ל כלל זה אלא שאין צורך להודיע דעתו מה הוא דודאי דעתו הוא כדעת התוס' אבל אתה שאתה מחזר אחר הפוסקים החולקים על הרמב"ן ז"ל לעשותם רוב מנין למה לא כתבת שכן ג"כ דעת התו' ורבותא למחשב גברי כ"ש שאין בדברי כ"ת הקם שהם מפני כלל זה הניח להזכיר דעת התוס' היה לו להניח ג"כ מלהזכיר דעת התוס' שסתמו כפירושו דגם הרא"ש ז"ל נכלל בכלל זה ואת"ל דלא כתב הרב ז"ל כלל זה אף לגבי הרא"ש ז"ל אלא כשמזכיר דעת התוס' או הרא"ש והמרדכי ושאר הפוסקים שהזכיר הרב ז"ל סתמן כפירושן אבל כשלא הזכי' דעת התו' והזכיר דעת א' מהפוסקים הנז' אע"ג דלגבי התוס' סתמו כפירושו לגבי שאר הפוסקים אין סתמן כפירושן אע"פי שהוא דוחק יקשה עליך ביותר שאת למה הוצרכת להזכיר דעת הטור כיון שכבר זכרת דעת הרא"ש ז"ל דסתמו כפירושו שסובר כדעת אביו ז"ל דאע"ג דבקצת מקומות חולק עליו בסתם אינו חולק עליו ויותר צודק לומר בדברי הטור שסתמו כפירושו שסובר כהרא"ש מלומר דהגדולים הללו שהזכיר הרב ז"ל סתמן כפירושן כדעת התוס' שהרי הגדולים הללו עם התוס' תרי כוחות הוו והרא"ש עם בנו הרב בעל הטורים ז"ל כח אחד הוא לדעת הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' ע"ז דבדידי קיימינן גם ה"ג דכלהו הכי מלאת רוב מנין ורוב בנין במטותא מנך לא תיתלי בוקי סריקי בשלך הוך שעינינו הרואות שהיה מחזר לקבץ דעת תלמידי הרשב"א והעיטור ורמ"י ז"ל לדעת המרדכי לעשות רוב מנין מה שאינו הוזכר בדבריהם והניח דעת התוס' המבואר כדעת המרדכי אין דרך לנטות ימין ושמאל אלא שהאמת יורה דרכו שכ"ת לא ירד לזה מפני שלא ראה סברת התוס' אפילו בהלום ולא רצית להודות על האמת

ושבנת

וחשבת מחשבות להכליל עמך בדברי רוח גם את הרשו' שכתב קונטריסך ראיתי ללמה לא צירפתי דעת המרדכי לדעת רבינו יעקב המוזכר בספר העיטור הלא שמעת אם לא ידעת אים אשר שמוני כהם יגחש אשינה בשרים ולא נעלם ממני שברית רבינו יעקב המוזכר בספר העיטור הלא שמורת היא בידינו שרבינו יעקב המוזכר בספר העיטור הוא ר"ת כמו שיראה הרואה בספר הגו' במקומות רבים ובכוונה מכוונ' לא רציתי להזכירו ולשתוחו דעת בכבי עלמו דמי יודע אם מ"ש התוס' הוא ר"ת ז"ל והוא באחד ומהרי"ק ז"ל שגרשיו כתב דר"ת והתוס' כח א' נינהו

גם ע"ש כ"ת דמדברי מהר"ם ז"ל שכתבו המרדכי בפרק המקבל ותשובו' דשייכי לספר קנין לב' גר' שהמשכן מוציא מיד המלרן שקנה לא איתברירר לן מהיכא דמהתם ליכא ראיה אלא שהמשכן מוציא מיד הלוקח אבל אי מצי למלוקי מיד המלרן הו לא לא הוזכר בדבריו איבר'שתשובו' דשייכי לא ראיתי דאיפשר דמדם יש להוכיח כמ"ש כ"ת אבל אם לשון תשובות דשייכי הוא כלשון המרדכי לא ידעתי היאך חייבת מלברי מהר"ם ז"ל דהמשכן מוציא מיד המלרן ואין בדבריו גילוי לזה כלל ועיקר ואם לחנך אדם לומר נקוט מהא פלגא שדעת מהר"ם שהמשכן מוציא מיד אחר שלא כדעת הרמב"ן ז"ל אף אתה אמר לו שדעת הרב ז"ל שמהר"ם לא פליג עם הרמב"ן והרשב"א ז"ל שאם מהר"ם ז"ל סובר דהמשכן מוציא מיד הלוקח היינו במשכנת'דדר בתוכה אבל באינו דר בה מודה להרמב"ן והרשב"א ז"ל כמו שהוא מבואר בתשובות מהר"ם ז"ל ופיון שכן אין לכרף דעת מהר"ם לדעת המרדכי ושלא כדברי הרמב"ן והרשב"א ז"ל

ואחרי הודיע אלהים אותנו את כל זאת עיני כל חכם לב שעיקרן ושרשן של דברים הוא מ"ש בקונטריסי הראשון שרבים הם הנוטין לסברת הרמב"ן והרשב"א ז"ל מהנוטי' לסברת המרדכי ז"ל שהרי תלמידי הרשב"א והריטב"א ורש"י ומהר"ם ורבינו יעקב והרב המחבר ז"ל שכתב בעל העיטור והרא"ש ז"ל ולפי דעתי אף הרב ברללוני ז"ל אינו מן המנין לא לכד זה ולא לכד זה שאמרו בשבת המרדכי הוא והגאוני' והתוס' ורב מתנאנליה ז"ל הרי כאן ד' ובסברת הרמב"ן ז"ל קיימי ששה רבנים בחכמה ובמנין והם הרמב"ן והרשב"א והר"ן וכ"י והרמב"ם כמ"ש הרב ז"ל בספר בדק הבית ור"ש הכהן שכתב המרדכי ז"ל ואפילו את"ל דמיעוט גאונים שנים הם חמשה והבא קיימי ששה כדכתיבנא ואף אם נאמר דהרמב"ם ז"ל אינו מן המנין לא לכד זה ולא לכד זה הם חמשה כנגד חמשה וצריך לומר רוב מנין ורוב בנין שהם הפוסקי' המפורסמים ועוד כיון דאינו מוכרח דהגאוני' הם שנים צריך לומר רוב מנין ורוב בנין כיון שאיפש' שאינם אלא אחד שכן דרך הפוסקים לומר על סברת גאון גאונים כ"ש שלפי דעתי אמונה אומן סובר הרב מהרי"ק ז"ל שרש"י והרמב"ם והרב המחבר שכתב בעל העיטור ז"ל קיימי בשטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל

ונראות כפלאתי מת"ש כלשון הזה ויש לתמוה על כבודך דאתה בעלמך מסיק להו לדברי הרב ז"ל בקושיא כו' וא"כ אין להביא מדברי הרמב"ם ז"ל כו' ע"כ שמה שהקשתי על הרב ז"ל לא מעלה ולא מוריד לזה שקושייתי היא לפי מ"ש הרב ז"ל בספר בדק הבית שדעת הרמב"ם כהרמב"ן והרשב"א ז"ל והוא הראות איך הכריחו בסמוך כו' ולא יתחייב הדברים אלו שמ"ש בספר בדק הבית אינו אמת ויהיב דהשתא מוכחת שדברי הרב ז"ל בספר בדק הבית הם כנים ואתיים הקשתי עליו מה שהקשתי וזה כשוט ומבואר מעלמו אלא שאהבת הנצוח גורם לכ"ת כסות עינים

עוד אני מדבר בזה אומר שמ"ש הרב ז"ל בס"ט בדין המוכר לאשה שם תלמידי הרשב"א ז"ל דה"ה בלוקח מן האשה באלמנה מיירי ומהטעם שכתבו דלפי שאין לה שיפקח במעשיה רצו חכמי' שיהיה ממכרה קיים כדי שיקפצו בני אדם לקנות את שלה וזה הטעם לא שייך בנשואה שהרי יש לה בעל לפקח במעשיה ולפי זה מה שנר'מדברי הגהות אשירי בפרק א"נ דהלוקח מן האשה יש בה דינא דבר מלרא איפשר דלא פליג על זה דאיכשר דהתם היתה נשואה ואית בה דינא דבר מלרא וזהו דעת הרב ז"ל שלא כתב שהגהות אשירי חלוקים על תלמידי הרשב"א ז"ל וזה ברור בדברי הרב ז"ל גם שכתב וכתבו תלמידי הרשב"א ז"ל וה"מ באשה שאין לה בעל וכתבו עוד וה"ה בלוקח מאשה כו' דמשמע דכדין המוכר לאשה כך הדין מלוקח לאשה מהמוכר לאשה דוקא באלמנה קאמר משום דאין דרכה לחזור ולקנות אבל בנשואה יש לה בעל שיכול לחזור ולקנות אף הלוקח מן האשה דוקא אלמנה אבל לא נשואה מהטעם האמור ודלא כמ"ש דהגהות אשירי חולקים על דברי תלמידי הרשב"א ז"ל וא"כ נימא דתלמידי הרשב"א ז"ל מיירים באשה נשואה לא פליגי על הגהות אשירי דיכולים אנו לו' דתלמידי הרשב"א מיירי שיש לה נכסים ידועי' ושייך טעמא דאין לה מי שיפקח במעשיה דאפילו יש לה בעל אינו מפקח במעשיה מלבו ומכפש כמו בעל הדבר עלמו אבל כשאין לה נכסים ידועים דלא שייך האי טעמא דמה שקנתה אשה קנתה בעלה יש בו משום דינא דבר מלרא ומעשה דהגהות אשירי מיירי באשה שלא היתה לה נכסים ידועים ומכרה היא את ביתה מפני שהיא היתה נושא ונותנת בתוך הבית

שוב ראיתי להרא"ח ז"ל בסי' פ"א וכ"ה וקי"ד עמד על זה וחילק כמו שחילקתי איברא דבסי' קי"ד כתב דאין טעם לומר שמ"ש ההגהות היתה בעולת בעל שאם היה לה בעל לא היתה האשה מוכרת אף כ"מ שלה ולי איפשר שהיתה נושאת ונותנת תוך הבית ועוד שמא ערמה עשו שתהא האשה מוכרת מפני שהיו סבורים להבריח בן המלר וראיתי בספר הנז' סי' כ"ה דאפילו למפרשי' שאמרו דבלוקח מן האשה לית בה משום דינא דבר מלרא היינו דוקא בשכבר מכרה אבל כשלא מכרה בן המלר קודם ולפי זה אפילו נאמר דמ"ש ההגהות אלמנה היתה לא פליגי אמ"ש תלמידי ברשב"א ז"ל דהאכי התם שעדיין לא מכרה אלא שעשתה שטר משכנתא להבריח בן המלר ועל זה פסקו הרבני' שבן המלר זכה אבל אה"נ דאם כבר מכרה שלא זכה המלרן אלא הלוקח ותיהו כתב הרב ז"ל בתשובה הנז' שמהר"י וייל ז"ל כתב בתשובה דהלוקח מן האשה איכא משום דינא דבר מלרא •

עוד ראיתי ובינותי מה שרצית להלין על עלמך במה שתפסתי עליך דהיכן ראית בכ"י שסובר דהמשכן מוליא מיד הלוקח ואפי' שיהיה מלרן שתכתוב שזה מבואר בדברי כ"י במעט התבוננו' ולא ידעתי מה הועלת בזה דאדרב' תקנתו קלקלתו אם מ"ש לא כיונת כי אם למ"ש כ"י בדע'רש"י ז"ל עדיפא מינה תיקשי לך מה זו שאלה על דברי הרב ז"ל שהרב ז"ל מ"ש משמע דס"ל כו' על דברי נמקי יוסף עלמו אמר לא על דברי נמקי יוסף שדעת רש"י ז"ל וזה מבואר •

ואחזה אנכי אבית לבי מ"ש כ"ת על מ"ש וקושטא דמילתא כו' וז"ל דברים הללו אין הדעת סובלתם וקול דברים אנכי שומע ותמונה אין רואה כו' אבל להוצי' הדברי' מפשטן שערי תשובות דהוקות לא ננעלו עד וכבר הייתי יכול לפרש דברי הרב ז"ל בפנים שונות בשכשבול קלת דוחק בדבריו כהות ממה שנדחק כבודך אלא שאין דעתי נוחה מהם ובהדי בנויי דחיקי למה לן ע"כ וקורא אני על כ"ת משיב חכמים אחור ודעתם יסכל שהדבר ברור שלא ירדת לעומקן של דברים ושנה ארחות עקלקלות ואחרי הודיע

אלהים אותך מה שהוא אמת נכון היה ראוי לעשות אותך
באפרכשת. לשמוע דברי חכמים דברי צדיקים דברים
המשורקים ולא שעודינו מחזיק בטעותו בתחילה מכ"ת ולא
עוד אלא בדברי הנזמות ראה החרדת עלינו את החרדה
ובאמת שאיני חושש לכ"ת שיטעה בזה אלא שהש' הניכוח
גרם לכ"ת לכתוב על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין
מי יתן ידעתי מה דוחק יש בהבנה פשוטה כזאת ואני
אחרים הנה הרב ז"ל רצה ללמוד מדברי הרב הנמקי ז"ל
שאכירות ומשכנתא שוים וזהו שכתב וכדברי ה"ה ז"ל שכתבתי
בסמוך שלמד דין השכירות מדין המשכנתא ומכלל הדברים
נתבאר שדעת נ"י ז"ל שאכירות אין בה דין בן המצר דומיא
דמשכנתא דלית בה דינא דבר מצרא שלא כדברי הרא"ש
ז"ל בכלל כ"ב שכתב הטור ועל זה כתב הרב ז"ל וכן דעת
הרא"ש ז"ל וכ"כ הרמב"ס ז"ל כלומר וכן דעת הרא"ש ז"ל
דשכירות לית בה דינא דבר מצרא וכ"כ הרמב"ס ז"ל כו'
שכ"כ בפי"ב משכנים שכירות אין בו דין המצר כו' והבט נא
דקדו' לשון הרב ז"ל שכתב וכדברי ה"ה שכתבתי בשמו וכשהגי'
אצל דעת הרא"ש ז"ל לא כתב וכדברי הרא"ש ז"ל אלא וכן
דעת הרא"ש ז"ל להורות ההבנה הפשוטה שכתבתי בדברי
הרב ז"ל שכשבא לומר שכן דעת ה"ה אמר וכדברי ה"ה
ז"ל שכתבתי בסמוך כלומר דברי נ"י הם כדברי ה"ה ז"ל
אות באות מה הרב המגיד ז"ל סובר דשכירו' נלמד ממשכנתא
וכי היכי דבמשכנתא לית בה דינא דבר מצרא ה"נ שכירות
לית בה דינא דבר מצרא כן דעת נמקי יוסף ולא אמר
וכדברי הרא"ש שאם היה אומר כן היינו מביני' דגם הרא"ש
ז"ל למד דין השכירות מדין המשכנתא ואינו כן שאם היה
הרא"ש ז"ל לומד דין השכירות מדין המשכנתא היה לשכירות
דין בן המצר לזה כתב וכן דעת הרא"ש ז"ל תמכית היוצא
לנו מדברי ה"ה ז"ל והרב הנמקי ז"ל שאין בשכירות דין בן
המצר וכן דעת הרא"ש ז"ל כו' וכ"כ הרמב"ס ז"ל כו' וזה
פשוט ומבואר מטלמו

מעתה מה שכתבת שאני הכנסתי בדוחק זה וכשבאתי
אצל דעת הרא"ש לא כתבתי אלא שכירות אבל
משכנתא הם כי לא להזכיר דברים אלו הטדרס יפה מתליאו'
שכ"ת עשה עצמו כאלו לא ידע כונתי והבליעה בנעימות
ואח"כ גילה אותה כדי לכתוב עליה שהיא דוחק ומשנה
שלימה שכינו כשהו הרוח וחוזר ונתגלה חייב לכסות גם מ"ש
כ"ת וסוף סוף קשה איך כתב שכ"כ הרמב"ס ז"ל כו' וכפי
מה שפירש הטור בדברי הרמב"ס ז"ל כו' מה טוב ומה נעים
אם כ"ת ימחה לבר זה מקונטריסו דתי זה אחר שמ"ש הרב
ז"ל וכ"כ הרמב"ס ז"ל הכונה דשכירות ומשכנתא שוים כדי
שיקשה כ"ת שכפי מה שפירש הטור אין משם ראיה והלא
דעת שפתי ברור מללו שמ"ש הרב וכן דעת הרא"ש ז"ל הכונה
לו וכן דעת הרא"ש ז"ל דשכירות לית בה דינא דבר מצרא
ועל זה כתב וכ"כ הרמב"ס ז"ל כו' כלומר שבפירוש כתב
דשכירות אין בו דין בן המצר כדעת הרא"ש והרב המגיד
והרב הנמקי ז"ל דשכירות אין בו דין בן המצר ומה ענין
הפרש הפירושים בדברי הרמב"ס לזה וזה פשוט ומבואר
באר הטב לא יתיעקש כי אם מי שירצה לשום העקב למישור

וגם ראיתי את הלנין יאשר לחנת את עלמך ליישב דברי
הרב ז"ל בשני המעשים והבל המה דאם הדבר תלוי
ברצון המוכר מה נסתפק לו מדברי נ"י ז"ל גבי ארעא דחד
ובתי דחד ליתא דשאני התם דהמוכר לא גילה דעתו אל מי
מכולם חפץ יותר ולמה הוכרך לומר דטפי אית לן למשמך
אהני רבוותא מדברי המרדכי ז"ל והלא אפשר לומר דגם
המרדכי יודה להר"ן ולנמקי יוסף כשבעל הבית רוצה שיזכה
האחר ועוד שהוא כתב בטעם אחר שהלוקח הוי מוחזק ואך

טעמא שייך נ"כ כשאין המוכר מגלה דעתו למי מהניהם
חפץ יותר ועוד אם הדבר תלוי בזה היה הרב מבליע
בנעימות חילוק זה ולא היה מבארו באר היטב בשבעים
לשון שהוא תל שהדין כונה בו ועוד אחרת יש וגדולה היא
אלי שאם הדבר כן איך סתם הרב ז"ל בספר הקצר וכתב
בין בדין המשכנתא בין בדין השכירות דאם מכרה המשכן
או המשכיר לאחר שאין הממושכן או השוכר מוציאה מידו
דמשמע דמילתא פסיקתא קתני שאין המלוה מוציאה מידו
אפילו שבעל הקרקע רוצה שיקחנה המלוה אלא ודאי
אין לחילוק הזה ידים ורגלים ומ"ש שיש להילוק הזה סניפים
להוכים בדברי ה"ה ז"ל אינן אלא סנים ועקבים דלא כתב
ה"ה ז"ל אם רצה למכור שהו כו' לומר שהכל תלוי ברצונו
אלא שכונתו לומר דאפילו לענין קדימה אין המלוה קודם
יותר מאחר וזה ברור

ואשר אני אחזה בישוב סתירה זו דלא כתב הרב ז"ל
במעשה הראשון דאין השוכר יכול לעכב על
המוכר שלא למכור לאחר אלא דוקא כשכבר קנה האחר
אבל בבא למכור אותרים למוכר שימכור למצרן כיון דאין
הלוקח מוחזק טפי שייך מצרן בההוא ארעא הלוקח וכמ"ש
הרב ז"ל בסוף מחודשין ל' (הגהה וכ"כ הרא"ב ז"ל
בסימן ק"ן בפי' דלא פסק הרב ז"ל כן אלא כשכבר מכר
אבל אם בא למכור השוכר מעכב ע"כ הג"ה)
ולכן במעשה דבית וחנות דבאים לקנות בתחילה זיכה לשוכר
החנות משום דהוי מצרן טפי ומ"ש הרב ז"ל במעשה הנז'
ואפילו קנאו שוכר הבית יוציא שוכר החנות מידו כו' ענין
אחר הוא ואינו דומה לאחר שקדם וקנהו איגו לא מצרן ולא
שוכר ולא ממשכן דהכא מיירי כשהוכר מוכר הרנות
לבע"ה בחשבו שהוא קודם לבעל החנות מפני שהיא נסמכת
על העמודים או שמכר לבעל החנות בחשבו שהוא קוד' לבע"ה
דבכה"ג אפי' מכר כבר השוכר הקודם יוציא מידו דהא לא
הקנהו המוכר קרקע זה בשלמות כדי שנאמר הלוקח הוא
המוחזק אלא הקנהו אדעתא שהוא קודם ואם הדבר כהכך
קנין בטעות הוא וחוזר וה"ל כאלו לא מכר וחוזר הדין
להיות קודם מי שיש לו דין קדימה מן הדין אבל כשמכר
הקרקע לאחר שאינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן הא
ודאי כשהקנהו המוכר ומכר לו הקרקע לא מטעם מצרן
הקנהו שאינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן אלא מטעם
לוקח הקנהו ונקנה לו שהלוקח הוא מוחזק

ואפשר לומר בדרך אחרת שמ"ש הרב במעשה דבית
וחנות דאפילו קנה שוכר הבית החנות שוכר
הסנות מוציאה מידו לא למסקנא דמילתא כתב כן אלא כך
היה סבור מעיקרא ואח"כ נתיישב וראה שמדין התורה
הלוקח הוא המוחזק ופסק דכיון דקי"ל דהלוקח הוא המוחזק
על המצרן להביא ראיה ולפי הפסק הזה גם במעשה דבית
וחנות אם קדם א' מהניהם וקנה הבית או החנות אין
מוציאין מידו מטעם דהלוקח הוא המוחזק ולפי האמור
מ"ש הרב ז"ל ולענין הדין כ"ל דכיון דקימא לן דלוקח הוי
מוחזק על המצרן להביא ראיה קאי גם אמעשה דבית וחנות
ויותר מה שפסק שם דאפי' קנה לוקח השוכר מוליאו והטעם
בזה דקודם שידע שהרא"ש ז"ל סותר עצמו בדין השכירות
ולא נתגלה לו כי אם התשובה שסובר דיש בשכירות דינא
דבר מצרא היה מחזר לקיים דברי הרא"ש ז"ל דיש בשכירות
דינא דב"מ כיון שהרשב"א והרא"ש סוברים כן וכן, ובדרי
הרמב"ס ז"ל אפשר לפרש שכירות אין בו דינא דב"מ שאין
המצרן מוציא לשוכר אבל השוכר מוציא לאחר אבל אחר
שנתגלה להרא"ש תשו' סותרות כתב דכיון דאיכא ספק' הלוקח
הוא המוחזק ומה שהשיב שאין השוכ' מעכב הוא הא' דהשכים
ז"ל דהלוקח הוא המוחזק ומצאתי

ומצאתי און לי בדברי הרב בעל הלבוש ז״ל שכתב בית וחנות זה על זה ושכרן לשנים ואח״כ בא למכרן כל אחד קודם ומכרן בשלו ולמי שהוא דר בו כן פסק מהרי״ק והיינו דוקא בבאים לקנות שניהם יחד אבל אם כבר מכר בע״ה שתיהן לא׳ מהם לאיזה מהם שירצה זכה בהם כמ״ש נ״כ בסעיף הסמוך כ״ל ע״כ

ולכאורה כיחה דאשתמיטתיה מ״ש הרב ז״ל דאפי׳ קנה שוכר הבית את החנות שוכר החנות מוציאה מידו וכן איפכא אלא דמאי דכתבתי ניחא דמוכר הרב ז״ל דדברים אלו לא קיימי לפי המסקנא שהשכים שהלוקח הוא המוחזק אך קשה אם הרב ז״ל היה מפרש שכירות אין בו דינא דב״מ כדי שלא תיקשי להרא״ש דהק׳ דאין המכרן יכול להוציאו מיד השוכר וכמ״ש למעלה למה לא תלא מענה לסתירת תשו׳ הרא״ש והניחם בצ״ע לימא דמ״ש בכלל כ״ז סימן ג׳ דשכירות לית ביה דדב״מ הפי׳ הוא שאין המכרן מוציא מיד השוכר וכמפרש דברי הרמב״ם ז״ל אבל השוכר מוציא מיד אחר ואין כאן סתירה

ולכן הנכון שהרב ז״ל אשיק אדעתיה לפרש כן בדברי הרמב״ם אלא היה מפרש דמאי דכתב הרמב״ם שכירות לא ביה דדב״מ חולק עליו הרא״ש ז״ל ומ״מ פוסק בהרא״ש לקמ״ד משום דהרמב״א קאי כוותיה כמ״ש מהר״י ן׳ שושן ולכן לא תלא מענה לדברי הרא״ש (הגה״ה והרא״ד״ב בתשו׳ סימן ק״ן כתב ליישב סתירת דברי הרא״ש דבמעשה הראשון היה השוכר תוך הבית ולכן אם קנאו הלוקח אינה מוציאה מידו אבל במעשה דבית וחנות שתחתיו היו השוכרי׳ בבית ובחנות ולכן אף שקנאו הלוקח מוציאה מידו ואין אלו אלא דברי נביאות דמי הגיד לן דבמעשה הראשון לא היה השוכר תוך הבית ובמעשה השני היו השוכרים תוך הבית ולא הוי איפכא או דשניהם לא היו שוכרים תוך הבית או דשניהם היו תוך הבית ועוד דאם הלוקח מוחזק מדין תורה מה יועיל לשוכר היותו תוך הבית כיון דקרקע אינו נתפס וכבר הרגש הרב ז״ל מזה ע״ש ע״כ ההגה״ה) •

עוד ראיתי ובינותי מה שכתבת ליישב שתי תשובות הרא״ש ז״ל דסתרן אהדדי וכתבת בסוף הדברים והוא לדעתי חילוק חריף ודק ולפי דעתי אינו יכול לעמוד אפי׳ ברוח מצויה מחמת דקותו דאם טעם הרא״ש באותה תשובה מפני שהוא שותף הדרא קושיא לדוכתין איך כתב הטור שהרא״ש ז״ל חולק עם הרמ״בם דילמא הרמ״בם יודה להרא״ש ז״ל דבשותף שייך דין מכרנות בשכירות ומ״ש שכירו׳ אין בו דין בן המצר בלא שותף איירי אלא ודאי שהבין הטור דהרא״ש סובר דאפי׳ שותף יש בו דין המצר ומהטעם שכתב הרב ז״ל ועוד דהרי הרא״ש כתב באותה תשובה דמטעם דשכירות ממכר ליומיה יש בו דין אונאה ואם כדבריך שלא נאמר דשכירות ממכר ליומיה אלא דוקא במכרן ושותף למה יהיה בשכירות דין אונאה כיון דאינו מכר וכתיב וכי תמכרו ממכר אלא ודאי דשו׳ הרא״ש ז״ל דאפי׳ בשכירות לחודיה ממכר ליומיה הוא ויש לו דין מכרנו׳ והונאה והנח לו להטור שהוא ידע במילי דאבוה טפי מנך ומעתה מ״ש ביישוב שתי תשובות הרא״ש ז״ל טמנם בעפר יחד עם מ״ש בביאור דברי הרב ז״ל שכתב ומשמע שהרא״ש יסכים לדין זה •

וגם ראיתי מה שהרבה כ״ת להביא ראיות דטענת שלא יפתפרך להעלם עמו בב״ד חיים לה תלמודא בכמה דוכתי כו׳ ולאו רבותא לאחשב דוכתי דמי לא ידע בכל אלה דתלמודא חייש להאי טענתא ומ״מ היכא דאיתמ׳ איתמ׳ היכא דלא איתמ׳ לא איתמ׳ והבו דלא לוסיף עלה איברא דמ״מ הרב המתקי בשם הריטב״א ז״ל דליכא דינא דבר מצרא אלא במוכ׳ בהמתנה מפני שיכול לומ׳ חבריך כא לי כו׳ לכאורה מוכח כדברי כ״ת דהיא מדינא דבר מצרא גופי׳ ולא ממשכנתא דיש לפלוגי טובא ממשכנתא לשכירות וכדכתבינן אבל כד מעיינינן שפי׳ הא נמי ליתא דהא אמרן הרשב״א והרא״ש ז״ל דבשכירות אית דינא דבר מצרא היינו בדינא דשייך דינא דבר מצרא כגון שפורע שכירות מוקדם או שמשטיח את המוכ׳ דלא יאח׳ לשלמו לזמן הקבוע כמ״ש כ״ת דאי לאו הכי אם מעיקרא במכ׳ ליכא דינא דבר מצרא במוכ׳ בהמתנה היאך יהיה דינא דבר מצרא בשכירות בשוכ׳ בהמתנה ושכירות גריע ממכ׳ אלא ודאי שהרב׳ ברור שלא כתבו הרשב״א והרא״ש ז״ל דבשכירות שייך דינא דבר מצרא אלא היכא דאם היה מכר שייך דינא דבר מצרא בשכירות נמי שייך דינא דבר מצרא דשכירות ליומיה ממכ׳ הוא אבל אם מעיקרא במכ׳ כגון זה ליכא דינא דבר מצרא כגון במוכ׳ בהמתנה אין יבא לנו דינא דבר מצרא בשכירות דמוכ׳ בהמתנ׳ אבל במשכנתא דלא שייך אלא בהמתנ׳ כתבו דאין בו דינא דבר מצרא דוק והתימא עליך שרצית להשכים דעת הרא״ש עם שאר הפוסקים מפני שלא דבר הרא״ש אלא כשמשטיח את השוכ׳ דלא יאחר לשלמו ולא ראית שבזה נ״כ הוא מיושב מה שהקשה להר״אש ולהרשב״א ז״ל ומ״מ אמינא לך למדברי הרב ז״ל בב״י סי״ג יראה דהרא״ש חולק על זה על שאר הפוסקים ודלא כמ״ש אתה וכפי זה קשה מ״ש דגבי משכנתא דכ׳ דלית בה דינא דבר מצרא מטעם דהאי נוח לי ובהרויח זמן הפרעון לא חייש להאי טעמא אלא שצריכין אנו לומר לדעת הרב ז״ל בדברי הרא״ש ז״ל כמו שחלקתי בקונט׳ הראשון

גם מ״ש לבשאת׳ רב אשי משכנתא לית בה דינא דבר מצרא לא כתן דבריו לשטור״ס אלא סתמא אמר כל מין משכנתא כו׳ והנך רואה שרבינו שמחה כו׳ תמיהא לי טובא היך כ״ת העבי׳ עינין מראות שרובא דרבוותא סוברים דלא שייך דין משכנתא אלא בדר בה שתא והם הרמ״ה ז״ל שהביא הטור ורבינו אביה והר׳ משה בר מרדכי והר׳ שאלתיאל שהביאו הגהות אשירי בפרק איזהו נשך ורבי׳ שמחה ומהר״ם ז״ל שהביא המרדכי ז״ל ואע״פי שהמרדכי כתב ואיני רואה דבריו כו׳ לא פליג עליה בדינא אלא על הראיה שהביא אמ׳ ואיני רואה דבריו כו׳ אבל אה״נ דמכח הסברא מודה לרבינו שמחה תדע שאח״כ מביא תשובת מהר״ס ז״ל דמכריך שתהא בידו ממושכנת שתא ולא הקשה עליו כמו שהקש׳ לרבינו שמחה ז״ל או לפחות כשהביא דברי ר״ש ז״ל הי״ל לכתוב וכ״כ מהר״ס ז״ל אלא ודאי שהדב׳ ברו׳ כמ״ש דלא הקשה על רבינו שמחה אלא על הראיה שהביא איכינה אמת אבל הדין דין אמת כך נ״ל

גם מ״ש על מ״ש דמשכונא אית ליה שעבוד בגוף הקרק׳ כו׳ שהרי הרמ״בן והרשב״א ז״ל כו׳ כתבו דלית למלוה בגופא דארעא מידי במעט עיון יתבא׳ שזו אינה קושיא שאני לא כתבתי דיש לו שעבוד בגוף הקרקע הלא גבי שכירות והכונה בזה דבשלמא משכונא אפי׳ אחר עבו׳ ימי המשכונא אית ליה שעבוד לגבי קרקע עד שיפרע לו דמיו ואם לא יפרע לו דמיו יגבה מהקרקע אבל בשכירות בעבו׳ ימי השכירות תיפוק ארעא דא בלא כסף וזה ברו׳ ומה שהנהתי בדברי מהריב״ל ז״ל והראתי פנים לזה מדברי הרב ז״ל עצמו ומדברי תשובת הרשב״א הוא אמת נכון ומה שזהה כ״ת אינו מן היישוב דוק •

גם מ״ש שמהרב״ך ז״ל יסבו׳ שדעת נמקי יוסף בדעת הר״י ז״ל כדעת הרשב״א ז״ל ובהכי ניחא שלא הפניח מהרי״בל ז״ל בדברי הרב המתקי בו וכתבת וזה דעת רחוק

רחוק מכמה טעמי שהרב מהרי"בל ז"ל עם היות דברי הריט"בא ז"ל גלויין לפניו לא הטה אזן כו' בתר איפכא קא אזלת והקרוב אליך רחוק אצל החכמים והקרוב אצל החכמי' בל קרוב אליך דמה הועיל לנו אם מהרי"בל ז"ל לא הטה אזן לדברי הריטב"א ז"ל אם הסברא יהב' בעולם אף הרב הנמקי ישבו' כן בדעת רש"י ז"ל ולזה לא הניח הרב ז"ל דברי הרב הנמקי

גם את השני שכתבת היאך השמי' הרב דברי כ"י ולא שתפו עם הריט"בא לאו מילתא היא דלאו בפירושא איתמ' בדברי הרב הנמקי כדי שישתפנו עם הריטב"א אלא זיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא קא מדחי לה גם מ"ש בביאו' תשובת הרשב"א במ"ש איברא לא דייקא גם מה שרצה כ"ת להכריע פירושו בדברי הר"י ברצלוני ממ"ש הרב ז"ל דבריו בסעיף ס"ט גבי המוכ' לאשה וליתמי לא ניחא לן דתימ' הכי דאפילו נימא דהרב מפרש כפירוש מהרש"ך הוצרך לכתוב דברי הר"י ברצלוני ז"ל באותו סעיף כי היכי דלא נימא דנהי דאם מכרה לאשה וליתמי אין מוציאין ממנו המצרנים מ"מ בעלים הראשונים מוציאין מיד האשה והיתום דעדיפי ממצרן לזה הוצרך הרב לכתוב דברי הר"י ז"ל שכתב בפירו' דאם קדמו האשה והיתום אין בעלים הראשונים מוציאין מהם איברא שהמעיין בתשובת הרא"ש ז"ל סי' קי"ט יראה שתפרש כפירוש מהר"א ששון ז"ל מה שמדקדקת על הרב מהר"א ששון ז"ל הטבת לראות גם הרב ז"ל בעצמו ראה חולשת דבריו יע"ש מה שכתבת אחר פירוש הרב מהרש"ך ז"ל מפר' ולשון אינו דקדוק כלל גם מה שכתבת משום דס"כ לערבינהו וליתנינהו אין להרהר אחריו כלל חדא דמאן לימא לן דמ"ש הטור וכן כתב' כל היכא דאמרינן כו' הם סוף דברי הר"י ברצלוני ולא דברי הטור שלהד מדברי מהר"י ברצלוני ז"ל ואפי' נימא שהם דברי הר"י ברצלוני לא קשיא כלל דהשתא שאיים לומר דאם מכרה לבעלים הא' אין המצרן מסלקו אמר אם קדם מצרן כו' ולא העלה על לשונו אשה ושותפין ויתמי אלא בחלוקה בפני עצמה ואדרבה לדידך קשה טפי דאקשיא לך לפירוש מהרש"ך ז"ל לערבינהו וליתנינהו שיש לתרץ כמ"ש תיקשי' לך לפירושך לערבינהו וליתנינהו ומיהו אם קדם מצרן אין בעלים הראשונים ואשה ויתמי ושותפי מוציאין ממנו וליכא לתרוצי מידי ומה שרצית לקיים פירושך בשנאמר שבאו שניהם יחד לקנות אין לו קיום והעמדה דוק ואין להאריך גם מה שכתבתי דאדרבה לדידך קשה טפי מלת השותפין וכתבת שקילא טיבותך ושדיא אחיזרי כו' הוא מפני שלא הייתי חושד לכ"ת שיטעה בכך דרך העברה ולזה הודעתיך הדבר הקשה בדבריך אולי תמצא מנוח לדבריך אשר יטב לך אך אתנס עתה שידעתי שלא שמת לבך על הדבר הזה הגדלתי והוספתי לי תימה

וראיתי מ"ש כ"ת שהר"ן והנמקי והג"א הבינו שמ"ש הר"י ז"ל ומיהו אם קדם מצרן כו' ארחא דמילתא נקט ולאו דוקא מצרן כו' ובהכי כולהו בחדא שטה קיימי אינו שכן בעיני דסוף סוף אפי' שנדחוק עצמנו ונאמר דלאו דוקא מצרן יש חילוק בין הר"י ברצלוני להג"א דלהר"י ברצלוני דוקא אם קדם מצרן וה"ה אחר וקנאה אין בעלים הראשונים יכולין לסלקו אבל אם באו שניהם יחד לקנות בעלים הראשונים קודמים למצרן וכ"ש לאחר ואלו ההגהות כתבו דאפי' באו שניהם לקנות בעלים הראשונים ואחר שאינו מצרן שאין בעלים הראשונים יכולין לעכב על האחר כמ"ש הגהות אשירי וכ"ש בגר המצרן אלא מאי אית לך למימר דאפי' שהרגיש הרב ז"ל בחילוק זה לא שת לבו לבארו שבר'

הוא אף שעיקרא דדינא באחר לא שת לבו לבאר דפליגי הר"י ז"ל עם הר"ן ונ"י והג"א שברור הוא ולפי דעתי זהו שהרב בספר הקצר סתם ולא ביאר מה הדין בבעלים הראשונים ואחר שקדם לקנות מפני שסוב' שדבר זה במחלוקת היא שנוי' בין הר"י ברצלוני והר"ן והנ"י וההגהות ובפלוגתא לא קא מיירי אבל אם לא פליגי אהדדי כמ"ש כ"ת יש מקום גדולה להרב ז"ל למה השמיט זה מספרו הקצר כיון שהם מוסכמים וכיון שזכינו לדין זה שהר"י ברצלוני ז"ל לא דבר אלא במצרן דוקא לא קשיא לפירוש מהרש"ך כמ"ש.

גם ראיתי מ"ש שמה שדקדקתי בדברי הטור לפירוש מהרש"ך אין מקום לדקדוק זה כו' כן הוא האמת שלא דקדקתי זה אלא לפירוש מהר"א ששון ז"ל אבל לפירוש מהרש"ך מיושב שפיר ואחשוב שבקונט' הראשון לא כתבתי הכך מזה וכ"ת מתוך מה שחפץ להשיג אם לעקל אם לעקלק' כתב וכ"ת לא הש לקמחיה לזה גם מ"ש דלכל פירושים לא קשיא מידי עד מתי אתה מגבב דברים והביאה נלינו דא"כ למאי הלכתא כתב הטור מה שכתב הר"י כו' וכן כל היכא כו' כיון דליכא למילף מידי ואדרבה הוא הכך מה שמתיר לכתוב במשכנתא וידעתי נאמנ' שכ"ת יתרץ דאגב שהביא דברי הר"י קיים דבריו והוא בטל מהוכא דרובה מהקושיות והדוחקים בינה זאת

וגם ראיתי מה שהקש' כ"ת למה שתירצתי דהטור סובר דהר"י לא אמר דינו אלא באשה ויתמי ושותפין אבל לא במשכנתא והבאתי ראיה מדפרט הני ותו לא והקשית על זה דמה שפרט אשה ויתמי לדוגמא נקטינהו משום דאיכא דוכתי טובא כו' ולא שייך למימר ע"כ ואני אומר כמה לא חלי ולא מרגיש גברא דליביה אנסי למימר הכי דאדרב' משום דבשאר דיני לא שייך דינא דהר"י לא היה לו לפרוט אלא לסתום ומתילא משמע דדוקא הני אשה ויתמי ושותפין ומשכנתא דשייך האי טעמא קאמר אבל לא בשאר הילי דלא שייך דינא דהר"י אבל אי משכנתא ליתיה בכלל זה הוצרך לפרט הני לאפוקי משכנתא ואפי' נו"ה לך דמשום דבשאר דיני לא שייך הוצרך לפרט הנך קשיא עליה כפי דאמאי פרט הני יותר ממשכנתא ומאי שייר דהאי שייר לא ימנע או לא היה לו לפרט מכל וכל ומתילא משמע דדוקא באשה ויתמי ושותפי ומשכנתא דשייך בהו אמר הר"י דינו אבל לא היכא דלא שייך או הי"ל לפרט ג"כ משכנתא ולא שהניחו בקולמוס אלא שהדברי' ברורים כמו שכתב' בקונטרי' הראשון

עוד ראיתי מה שהאריך כ"ת וללא צורך לומר שהרב הנמקי ז"ל ראה דברי הרשב"א ז"ל וכתב על דברי וזה דחיה בקש והרוח ישא אותה כו' ולא ראיתי מה ראה כ"ת על ככה לקושש קש לתבן במה שאין לו רגלים דהיכן ראה כ"ת שהרב הנמקי ראה תחלת דברי הרשב"א ז"ל כדי שיקשה דהיאך תיפסק משתין שראה תחלת דבריו ולא סופן ואדרבה מדברי הרב הנמקי מוכח שלא דבר הרשב"א ז"ל לא תחלתן ולא סופן זולת מ"ש דליכא דינא דב"מ במוכר בהמתנה ומי שידקדק בדבריו יראה שכך הוא אמתותן של דברים שהרי כתב משכנתא לית בה דינא דבר מצרא כ"כ הרמב"ן ז"ל וכתב עוד דליכא דינא דב"מ והסכימו לדעתו הרשב"א והרג"בר ז"ל ע"כ ומדנתן ריוח בין הזקנים וכתב כן כתב הרמב"ן ואח"כ כתב וכתב עוד והסכימו לדעתו כו' משמע שלא ראה להרשב"א ז"ל שהסכים עם הרמב"ן אלא במוכר בהמתנה לא בשאר הדברים דאם הרב הנמקי ראה להרשב"א ז"ל שהסכים עם הרמב"ן ז"ל בכל מכל לערבינהו וליתנינהו ואח"כ יכתוב וכ"כ הרמב"ן והסכימו לדעתו הרשב"א והרג"בר ז"ל ואפילו אם ת"ל שאיכשר שהר"ן לא

הסכים עם הרמב"ן ז"ל בכל הפרטים מ"מ כשכתב כן כתב הרמ"בן ז"ל והסכים עמו הרשב"א ז"ל אלא שהדבר ברור שהרב הנמקי לא ראה דברי הרשב"א ז"ל בענין משכנתא מכל וכל וכל זה לרווחא דמילתא דכל עוד שאין אנו רואין שהרב הנמקי לא הזכיר הרשב"א ז"ל סתמא דמילתא לא ראה דבריו :

ועוד אני אומר דאפילו נימא שהרב הנמקי ראה דברי הרשב"א ז"ל בענין משכנתא מי האומר שמ"מ ה"ה ז"ל בשם הרשב"א ז"ל בשדה הסמוכה למשכונא שאין בעל המכר מסלק למלוה כתבו הרשב"א ז"ל מצורף עם מה שכתב במשכנתא עצמה ולא נימא דמ"מ במשכנתא עצמה כתבו בחידושיו ומ"מ ה"ה ז"ל בשמו בשדה הסמוכ' למשכונא כתבו בתשובה או איפכא וה"ה ז"ל באה לידו תשובה זו והרב הנמקי לא הגיע לידו תשובה זאת וכיון שלא הגיע לידו תשובה זו ראה בדעתו להכריע דלכ"ע בן המכ' מוציאו מיד המלוה מהטעמים שכתב שם

את זה ראיתי ונתון אל לבי להשיב על דברי כ"ת והם דברים כנים ואמתיים כיתתן את רוחך עליהם לדעת אמתותן של דברים מאין פנות אל אשבת הנילוח ואשים קנכי למלין יהא רעוא מן קדם מאריה שמיא דתוריך חיי אריכי כנפשו החכמה וכנפש נושא דגל אהבתך זכור בפה ואל תשכח בלב חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה •

סימן קיט

ומה שדרשתני גלויי דעתאי במה שהוקשה לכ"ת על דברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קע"ט סי"א לעשות רצונך חפצתי ואעבור עליך ולא הבנתי כונתו במ"ש ואי איירי שמואל דאיכא עדים שעדיין הם שותפים כדברי הרב מאי איירייא שותף אפילו כל אדם נמי שאם הכונה לכ"ת אי איירי בשותף שעדיין הם שותפין בעדים מאי איירייא דנקט שמואל שותף פשיטא הרי הוא כהוא עצמו שירד אין הלשון מכוון שהיה לך לומר מאי איירייא שותף פשיטא ולא היה לו לומר אפילו כל אדם נמי ואם הכונה לכ"ת מאי איירייא דנקט שמואל שותף כיורד ברשות דמי כיון דשותף הוא יורד ברשות הוא והרי הוא ככל אדם היורד ברשות גם בזה לא בחר טבע הלשון

ומ"מ בין הכי ובין הכי יש לתרץ לדברי הרב ז"ל דמאי דמשמיענו שמו' הוא דלא נימא שאם ההוצאה יתר על השבח שלא יטול אלא שיעור שבח לזה אמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי כלומר כיורד ברשות לגמרי ומה יורד ברשות נוטל הוצאה אע"פ שהיא יתירה על השבח אף שותף כן הפך דעת הרא"ה ז"ל שכתב הרב הנמקי פ' חזקת הבתים וזהו שהרב ז"ל בסימן קע"ח גבי מה שכתב הטור ז"ל שותף שנכנס לשדה המשותפת לא הזכיר סברת הרא"ה ז"ל כלל ועיקר אי נמי אפילו נימא דהרב ז"ל לא פליג על הרא"ה ז"ל יכולין אנו לומר דמה שמשמיענו שמואל הוא סברת הרא"ה ז"ל דלא נימא דדמי ליורד ברשות לגמרי ונוטל הוצאה יתירה על השבח אלא כיורד ברשות ולא יורד ברשות ממש דאלו יורד ברשות נוטל הוצאה יתר' על השבח ואלו שותף אינו נוטל הוצאה יתר' על השבח זה נלע"ד ואם כונת כ"ת היא אחרת הודיעני נא את דרכיך

גם מ"ש כ"ת וכן נראה מפרק הבית והעליה שנפלו פריך ונחזי ברשותיה דמאן קיימא כו' לא ירדתי לסוף כונתך במ"ש א"כ ה"ל עדים וראה ומאי איירייא שותף אפילו כל אדם נמי ע"כ שאם הכונה לכ"ת שבכל אדם נמי כיון דאיכ' עדים וראה אינו נאמן לומר לקוחים הם זה אינו דלא אמרינן דבעדים וראה אינו נאמן אלא דוקא גבי אומן או נפקד שהפקיד לו בעדים או בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אבל בשאר כל אדם אפילו איכא עדים וראה כל עוד שאין העדי' מעידי' שבתו' פקדון נתנם לו נאמן לו' לקוחים הם בידי או נתנם לי במתנה גם מה שרצה כ"ת להכריח שלא כדברי הרב ז"ל מדברי התוס' בד"ה כי היכי דלא התחזקו אהדדי אפשר לדחות דמ"מ שאין להם עידי שותפות שאין להם עדים שעדיין הם שותפין וכן מ"ש שאין עדים שיש לחבירו חלק שיש לחבירו חלק עדיין קאמר וכן מ"ש לבסוף שלא תשתכח תורת השותפו' שלא תשתכח שעדיין הם שותפין קאמר אבל מדברי רשב"ם ז"ל שכתב גבי גמרת בעל מתני' דהאומנין והשותפין אין להם חזקה כלשון הזה דילונא לא ידעי עדים לסוף ג' שנים שלקחוה פשותפות יש ראיה שלא כדברי הרב ז"ל וכן מוכח מדברי רבינו ירוחם ז"ל נכ"ז ח"ג שכתב והוא שיש עדים שקנאוה בשותפות וזה הפך מדברי הרב ז"ל שהביא ראיה מדברי רבינו ירוחם ז"ל דצריך להעמידה בשיש עדים שלא חלקו השותפות וצריך לומר דלא כתב רבינו ירוחם בשם רבינו חננאל ז"ל דהיכא דירד לחצי השדה ויש בו דין חלוקה יש לו חזקה ויכול לטעון חלקנו אלא משום אפ' דנחית לפלגא וכה"ג קפדי אהדדי וכמ"ש כ"ת ובעל משפט צדק בח"ב סימן כ"ט כתב דאין ראיה מדברי ר"ח ז"ל אלא היכא שתפוש בכולה ע"ש

אבל הראיה שהביא כ"ת מדברי הרב בעל הטורי' ז"ל סימן קמ"ט שלא כדברי הרב ז"ל היא ראיה נכונה והיא הראיה שהביא משפט צדק ח"ב סי' כ"ט וכדברי הרב בעל הטורים ז"ל כתב הרמב"ם ז"ל בפי"ג מה' טוען אלא שלא היה כ"ת צריך להכריח שמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל ודוקא שידוע בעדים שהוא שותפו בהכרח הוא דליכא עדים שעדיין הם שותפין כו' ודשמקו' עדי' אין מוסרין שבועה כלל וכן מה שהכריח בעל משפט צדק בסימן הנז' מדסיים אבל אם אין עדים שהיה שותפו אלא אע"פ המחזיק כו' נאמן במגו שלא היה שותפו מעולם ע"כ ואם איתא ליפלוג וליתני בדידה ולשמעינן רבותא דאפילו יש עדים דלשעבר היה שותפו נאמן במגו דחלקנו ע"כ לא היה צריך לזה דבלאו הכי הדברים מוכרחים דמ"ש הרמב"ם והטור ודוקא שיש עדים שהוא שותפו שהיה שותפו מקודם קאמר ואין צורך לשעיד שעדיין הוא דאם איתא דצריך להעיד דעדיין הוא שותפו אבל כשאין עדות שעדיין שותפין אפילו שיש עדים שהיה שותפו מקוד' נאמן במגו דחלקנו מדסיימו אבל אם אין לו עדים שהיה שותפו נאמן במגו שלא היה שותפו מעולם ואי מה שאמר אבל אם אין עדים שהוא שותפו ר"ל שהוא עדיין שותפו אע"פ שיש עדי' שהי' שותפו מקוד' איך סיימו נאמן במגו שלא היה שותפו מעולם והלא אע"פ שמוד' שהיה שותפו מקודם כל שאין עדים שעדיין שותפין הם נאמן במגו דחלקנו וכך היה לו לומר נאמן במגו דאי בעי לומר דאין עכשיו שותפו ויראה ודאי דבעל משפט צדק מבין דמ"ש הרמב"ם והרב בעל הטורים אבל אין עדים שהיה שותפו אין פירושו שאין שותפו עכשיו אלא שאין עדים יודעי' שהיה שותפו לא עכשיו ולא מקודם ולהכי קשיא ליה ליפלוג וליתני בדידיה אבל אם אין עדים שהיה שותפו עכשיו

ואכלי אין זה הכרח דהרמב"ם והרב בעל הטורים תפסו האבל בשני ראשים נכנסו בשידוע בעדים שהוא שותפו עכשיו ויצאו אבל אם אין עדים שהיה שותפו מקודם לאשמועינן חידושא ל"מ כשיש עדים שהיה שותפו מקודם אלא שאין עדים שהיה שותפו עכשיו דלא למטען להד"מ אלא חלקנו נאמן כיון דלא עקר שותפות לגמרי דקא מודה שהיו

 שותפין

שותפין אלא שחלקו אלא אפילו בשאין עדים שהיה שותפו מקודם וטוען להד"מ דקא עקר שותפת' לגמרי נאמן וכעין זה כתב הרב הנמקי' בפרק הבית והעליה בשם הראב"ד ז"ל

כלל העולה שדבר זה במחלוקת הוא שנוי שלדעת הרב ז"ל צריך שיהיה עדים שעדיין הם שותפין דאל"כ נאמן במגו דחלקנו וכן נראה מדברי מהרש"ך ז"ל ח"א סי' קל"ט אבל לרשב"ם והרמב"ם והרב בעל הטורים ז"ל כל שיש עדים שהיה שותפו מקודם אע"פ שאין עדים שעדיין הוא שותפו אינו נאמן לומר חלקנו וכ"כ בתשובות הגאונים סימן כ"ב ובעל משפט צדק בסימן הנז' אע"ג דהקשה על הרב ז"ל לבסוף מסיק לא תפני שאנו מדמין מעשה למעשה וכל דליכא סהדי דעדיין הם שותפין אע"ג דאיכא עדים ורואה יכול המוחזק לומר קים לי כמהרי"ק וסיעתו דנאמן במגו דחלקנו ע"כ ולכ"ע כל דליכא עדים ורואה נאמן במגו כמו שדקדק הרב ז"ל בב"י סימן קע"ט מדברי בעה"ת

ויש להתבונן בדברי הרב ז"ל דלמה לא דקדק כן מדברי הראב"ד ז"ל שהביא הרב בעל הטורים דבעינן עדים ורואה כמו שדקדק מדברי בעה"ת שכן כתב הראב"ד והוא דלא מצי למטען להד"מ או החזרתי לך כגון דחזי ליה סהדי תחות ידיה וידעי דההוא עיסקא דזבני תרווייהו ע"כ • ואם באת לומר שלא דקדק כן מדברי הראב"ד ז"ל שלא הוזכר בדבריו עדים אלא מילתא דידיע לתרווייהו ואפשר דלאו בעדים קאמר אלא כל שאפשר לתלות דהוי מן השותפו' תלינן

וכמו שנראה מהרמזים שכתב דבר הידוע שהוא של שני שותפין אלא אפילו אינו ידוע אלא שיש מקום לתלות שהוא של שניהם אין להם חזקה זה על זה ע"כ וכ"כ מהר"י אדרבי ז"ל בסימן רמ"ח (הגה"ה גם מהר"י הלוי ז"ל בסימן קכ"ד כתב דעל דבר דאיכא סהדי דאינו אלא מן השותפין אין להם חזקה זה על זה ע"כ הגה"ה) ועיין במהרש"ך ז"ל ח"א סימן מ"ג יוצא לנו דהרב ז"ל חולק על הרב בעל הטורים ברמזיו וסובר דעדים דוקא בעינן וקשה שבספר הקצר תפש לשון הראב"ד ז"ל וכ"ל דס"ל דאף להראב"ד ז"ל אלא משום דהיה אפשר לדחות דלאו בעדים קאמר כיון שלא מצאנו מי שיאמר דבעינן עדים הכריח הדבר מדברי בעה"ת וכיון דמצאנו לרב בעל התרומות דעדים דוקא גם דברי הראב"ד ז"ל יתפרשו ידיעה בעדים ולכן בספר הקצר תפש לשונו ולא חשש לשלא הזכיר עדים שסמך על מ"ש בב"י ז"ל

עוד יש לדקדק בדברי רבינו בעל הטורים ז"ל סי' קע"ט שכתב דבר הידוע שהוא משל השותפות אין לא' חזקה בו מעל חבירו ואפילו נשתהה בידו זמן רב אינו יכול לטעון שלקחו ממנו או שנתנו לו במתנה אלא בראיה ע"כ דמש"ל הא דאפילו נשתהו זמן רב אינו יכול לטעון שלקחו ממנו או שנתנו לו במתנה דאף שהרא"ש ז"ל כתב דאע"ג דאיתיה השתא ברשותיה דחד מינייהו לא נפקא מחזקה דאידך דשותפין לא קפדי אהדדי אפי' נשתהא ברשותו אפילו שימא דשוכתו לומר דכיון דנשתהו ברשותו אינו נאמן שלקחו ממנו היינו דוקא בנשתהה ברשותו ולא נשתהא זמן רב אלא זמן מועט אבל נשתהה זמן רב יותר מכדי רגילות נאמן לומר לקחתי וכמ"ש התוס' בריש בתרא ועוד דלא כתב הרא"ש ז"ל ואפילו נשתהה ברשותו צריך ראיה בעי' אלא דוקא כשטוען שהוא בנאה כולה ממונו דאע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר ממך לקחתים והיה נאמן משום דהוו הרבה לא מהימן לומר שהוא בנאה כולו ממשונו דמגו במקום עדים הוא

דאיכא סהדי שלא עשאה לבדו כיון דהיה יכול לדחוק את הבית בדין וכדכתבו התוס' ז"ל גם וראיה לכרש שמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל ואפילו נשתהא בידו נמשך למעלה ומ"ש אינו יכול לטעון שלקחו ממנו נמשך למטה וה"פ דבר הידוע שהוא של שותפות אין לאחד חזקה בו על חבירו כשאמר מעיקרא כולה שלי אפילו נשתהה זמן רב דהוי כמגו במקום עדים דאיכא סהדי דדבר שהוא של שותפות משל שניהם לקחוהו ואח"כ אמר דין אחר אינו יכול לטעון שלקחו ממנו והוזר להיכא דלא נשתהא זמן רב אפילו לטעון שלקחו ממנו אינו נאמן והוי כאלו אמר ואינו יכול לטעון כו' שהוא דין אחר ואינו נמשך למה שסיים ואין נראה כן מדברי הסמ"ע •

ומה שכ"ת הקשה לשזול להרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן י"א דנראה מדבריו דלאחר ג' שנים הוי חזקה והקשה כ"ת דבנדון הרב דין הוא שאפילו אחר ג"ש שלא יהא לו חזקה לעולם דהוי יורד ברשות ויורד ברשות אין לו חזקה לעולם כמו שנתבאר בדברי הטור סימן קמ"ט וסימן שכ"ז וכן היא הסכמת כל הפוסקים האחרונים דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן קרקע בחזקת מריה קמא קאי ע"כ ואיברא דרוב גדולי האחרונים ז"ל הסכימו דיורד ברשות אין לו חזקה לעולם כמ"ש מהרש"ך ז"ל בח"א סימן כ"ה דהפסק המחוור בדברי הרמב"ן ז"ל דיורד ברשות אין לו חזקה לעולם ובסימן ל"ב כתב דזהו הפסק המחוור מבלי שנצטרך סיוע לומר דכיון דאיכא פלוגתא העמידנו על חזקתו וכ"כ בח"ב סימן ע"ח ועיין גם בסימן קל"א וכ"כ הראנ"ח ז"ל סימן ע"ד ומשפט צדק ח"ב סימן כ"ז ועיין שם הטעם והסכימו עמו מהר"ש הלוי ומהרש"ח ובתשובה כ"י למהר"א ששון ז"ל מצאתי דכיון דאיכא פלוגתא קרקע בחזקת בעליה עומדת (הגה"ה וכן מצאתי למהר"י הלוי ז"ל סימן ס' ולהרא"ד"ב ז"ל בתשובה כ"י וכן מתבאר מדברי מורי הרב ז"ל חלק ח"מ סימן ת' ועדיפא מינה הי"ל לכ"ת להקשות להרשד"ם ז"ל דאיהו גופיה בחלק ח"מ סימן רכ"ב כתב דכיון שנכנס זה בפלוגתא דרבוותא והוי ספקא דדינא קרקע בחזקת בעליה עומדת

אבל במחילה מכ"ת עיקר הקושיא בורכא היא ומאי בורכתיה שכבר ידעת המחלוקת שהובא בספר הטורים ח"מ סימן ק"ן שהרמב"ן ז"ל סובר דיורד ברשות אין לו חזקה לעולם אפילו שידוע שכלו ימי המשכונ' והחזיק ג"ש אחר שכלו ימי המשכונא והרמ"ה ז"ל כתב שאם אכלה ג"ש אחר שכלו ימי המשכונא יש לו חזקה והרשד"ם בחלק ח"מ סי' רמ"ט פסק כהרמ"ה שכל שהחזיק ג"ש אחר שכלו ימי המשכונא חזקתו חזקה

ולפי זה מ"ש בסימן י"א דאם החזיק ג"ש עלתה לו חזקה בשהחזיק ג' שנים אחר שחלקו השותפות קאמר וכמ"ש גם בפירוש וז"ל לכן נראה בעיני שאפילו שחלקו השותפין מ"מ אינו נאמן האחר לומר זה נפל לחלקי אם לא החזיק ג"ש ע"כ • ולטעמיה אזיל שפסק בסימן רמ"ט דעלתה לו חזקה ואפילו למ"ד דלא עלתה לו חזקה בטוען שלקחה מאבי הקטן או שהחזיק אחר המשכונא בלי מקח אבל אם טוען שלקחה מן הקטן אחר שהגדיל והחזיק ג' שנים וכן שלקחה מן המשכן אחר שכלו ימי המשכונה והחזיק ג"ש עלתה לו חזקה כמ"ש הב"ח בסימן קמ"ט ואפילו למ"ש גם הסמ"ע דאם טוען שלקחה מן הקטן אחר שהגדיל לא עלתה לו חזקה אפשר דשותפין שחלקו שאני זהו מה שנראה לי בזה ואתה תבחר ולא אני הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קך

איזמיר להיקר ונעלה הר׳ ירמיה בן נעים שנת הת״ך

שאלה ראובן היה לו חצר ובו בתים רבים ומכר לשמעון קצת מהבתים ונשאר מהחצר עם מוצאיהם ומובאיהם ותשמישיהם והלך ראובן לקושט׳ ומשכן החצר לגוי א׳ והגוי ההוא היה אלם ותקיף ויקם עם כל החצר והבתים אף עם אותם שמכר לשמעון וירא כי לא יכול לו שמעון ומכר החזקה ללוי ובשטר המכירה עשה לוי שיכתוב לו איך מכר לו החזקה והמולקי דלפי האמת המולקי הוא שלו שהגוי לקחו בגזלנות ועתה אירע שהגוי רוצה למכור החצר החזקה והמולקי ונמצא מי שרוצה לקנותו ובא ליורש לוי ואמר לו איך הוא רוצה לקנותו מה לבו חפץ בזה והשיב יורש לוי בלשון לעז מירקא קולאיי שירה וקודם שתינת המעות הקונה לגוי אמר יורש לוי כי הוא רוצה לקנות לפחות חלקו מן הגוי ר״ל אותם קצת בתים שהיו שלו יורינו המורה אם איבד זכותו יורש לוי באמירת הדברים שאמר לקונה שיקנה ושכרו כפול ומכופל מן השמים •

תשובה אנכי היום שמכוני באשישות רפדוני בתפוחים כי חולת החולשה האותני זה ימים עם כל זה לא אמנע מחפץ השואל כי בקצור כי הדברים פשוטים מאד בזכות יורש לוי ואין הענין סובל אריכות גרסינן בפרק המקבל אתא אימליך ביה אמר ליה איזיל אזבון ואמר ליה זיל זבון צריך למקנא מיניה או לא ואסיקנא והלכתא צריך למקנא מיניה ופרש״י ז״ל שדה היוצאה לימכר ובא א׳ ונטל רשות מבן המצר וא״ל זיל זבון צריך למקנא מיניה דאי לא קנה מיניה מצי אמר ליה משטה הייתי בך כדי להעמידה על הדמים הראויים לה שאם באתי אני אצל הבעלים היה מעלה לי בדמים בשביל שחביבה עלי הרי הדבר פשוט דכל זמן דלא קנו מיניה לא אבד זכותו

ואם יאמר אומר דמטעם אחר אין זכות ליורש לוי דגרסי׳ בגמ׳ זבן מגוי לית בה דינא דבר מצרא דא״ל אריה אברחית לך אף אתה אמר לו דאם היינו באים לדון דיורש לוי קודם לכל אדם לקנות החצר כולו מטעם מצרנותו היה אפשר לבא עליו מכח טענה זו והיה אפשר לומר ג״כ דבמציאות כזה היה זוכה יורש לוי והיינו צריכים להאריך ולבאר ענין זה אמנם יורש לוי לא בא לדון כי אם על חלקו ונחלתו ובזה הדבר פשוט דמי יאמר לו לא מניתיך בעבור האריה שמבריחים לו והוא מרומים ישכון ועזב מביתו נטש מנחלתו וכי יש אריה רובץ עליו יותר מזה וכוראי לא אמרה אדם מעולם וזכה יורש לוי לקנות חלקו מן הגוי ואין מוציא מידו

עוד טעם אחר יש בנדון זה כפי מה שבא בשאלה דבית זה קנאו לוי משמעון עם המולקי ושמעון קנאו משמעון מראובן אלא שבגזלנות קם הגוי עם הכל שהרי ראובן קודם זה מכרו לשמעון וכל זכותו מכר ללוי הלא מעתה בין שבא המצרנות לראובן משמכן הכל לגוי הן שבא מצד הגוי לעולם הבית בחזקת שמעון ואפשר שאם היינו באים להעמיק בענין זה היה צריך הקונה להחזיר הבית ליורש לוי מחזת אותו הדין שכתב הטור סי׳ רל״ו והאריכו המפרשים בזה והריב״ש ז״ל בסי׳ ר״ך והדברים עתיקים ולהיות לא נשאלתי עליו אין אני משיב עליו בדברי׳ מדוקים ומ״מ הבית לכ״ע שרשו ועיקרו הוא מיורש לוי וא״כ איפה באיזה כח יוציאו ליורש לוי מביתו מכח לקיחת הגוי וזה פשוט אחר והמהרהר בזה מהרהר לעבור על דברי תורה לגזול עד אפס מקום לעיר אני ונבזה אהרן לפפא

סימן קכ״א

שוב חזר השואל ושאל כי הענין היה שקהל א׳ היו רוצים לקנות החצר וקראו אנשי המעמד לבן המצר זה והשיב להם אם יחיד היה רוצה לקנות לא היה מתרצה עכשיו שהקהל רוצה לקנות קולאי שירה וטוענין הקהל דאין צריך קנין דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ובן המצר טוען שלא אמר כן אלא ככתוב למעלה ואני אומר דהן לו יהי כדבריהם איני רואה בדברי בן המצר שום דבר שיורה שנסתלק מזכותו שהרי לא החליט דבורו לומר קנו אתם רק אמר קולאי שירה ולשון זה אינו מורה סילוק זכות שהרי בתחלה אמר אם יחיד היה קונה לא הייתי מתרצה ולא סיים דבורו עכשיו שהקהל קונים אותו אני מתרצה רק קולאי שירה ולשון זה משתמע לכמה אנפי איפשר לפרש שדעתו היה שיקנוהו בשותפות אע״פי שהוא זוכה בכל לעשות טובה עם הקהל או שיתן להם קצת דמים מאחר שפתחו פיהם לקנותו ובהיותם רבים ראוי שלא ישיב דבורם ריקם ויהי׳ מה יהיה להם קצת תועלת על העולה על רוחם או שיתנו לו קצת דמים בעבור שיניחם לקנות ומה גם דגם פה נופל הסבה שאמרו בגמ׳ דצריך למקנא מיניה דמצי למימר משטה הייתי בך כדי להעמידה על דמים הראויים והדברים ק״ו והתם שאומר דבור מוחלט זיל זבין מצי למימר טענה זו כ״ש בדברים אלו שלא אמר דבור מוחלט שיכול לטעון כן ולפיכך אמר לשון נסתר כדי שיטעו בכונתו ולא ילך שום קל הדעת ויפרסם מחשבות לבו ויבואו הדברי׳ באזני הגוי ויעלוה בדמים וכיון שכן הוא ההיא דאמירה לגבוה אינו ענין לכאן שלא אמרו אמירתו לגבוה רק במאמר מוחלט וגמור אבל כאן לא היה מאמר מוחלט לגבוה רק ר״ל כמ״ש דאיפשר לפרש דבריו וכן ראיתי להריטב״א ז״ל שכתב בפ״ק דקדושין וז״ל אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכן הדין בהקדש לעניים בזמן הזה והאי כמסירתו דקאמר לאו מסירה ממש דא״כ דברים שאין נקנין במסירה להדיוט אי נמי קרקעות לא זכה בהם גבוה באמירה והא ליתא שהאומר בית זה הקדש קנה כדאיתא בגמ׳ בפי׳ מתני׳ אלא כמסירתן פירושו כהקנאתו כל חד וחד בהקנאה דיליה בשטרות הוי בכתיבה ובמסירה ובקרקעות בחזקה הילכך האומר שטר זה וכל שעבודו יהיה לעניים זכו לגמרי והוא דקאמר וכל שעבודו דהכי דהקנאה דהדיוט לא בעי אמירה דהדיוט בעי מפי מורי נר״ו ועוד דאפילו אמר אמירה גמורה כיון שיש לומר שאמר כן בעבור ההשטאה להעמידה על דמים הראויים ולא כיון להקדיש זכותו והאי דלאו כלום הוא ודמיא להקדש טעות שאינו הקדש וכל זה פשוט לכל היושר הולך

ועוד שכתב הריטב״א ז״ל בפ״ק דקדושין על מה שאמרו כיצד רשות הגבוה בכסף גזבר שנתן מעות בבהמה אפילו היה בסוף העולם קנה וז״ל תמיה לי מילתא למה לי כסף בלא כסף נמי קנה דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיו׳ וכיון שקצץ דמים עם המוכר קנה כו׳ עד והנכון דמדינא קבלת דמים שהמוכר או הלוקח קוצץ עם הגזבר לא חשיבא אמירה לגבוה ולא נחית להכי דא״כ בין דאית ליה פסידא בין דלית ליה פסידא במילתא לא מצי הדר ביה אלא דרבנן הוא דגזור שיקיים דברו שקצץ משום דדמי כאמירה לגבוה וכי אמור רבנן היכא דלית ליה פסידא אבל היכא דאית ליה פסידא לא אמור עליה לחיובי דלא להדר ביה והיינו הא דהבא והיא דבמשוך דכיון שנשתנה השער מצי הדר ביה

שני דאיכא כאן או מגיכה כו' ע"כ הרי שכתב ז"ל כיון דאיכא פסידא לא אמרינן אמירה לגבוה והכא נמי כיון דאיכא פסידא לבן המצר לא אמרינן אמירה לגבוה

עוד ראיתי להר"ב הטורי' שכתב בח"מ סי' קכ"ה אות ו' באומר לחבירו הילך מנה לפ' שאני נותן לו יכול לחזור בו עד שיגיע ליד המקבל ואם המקבל עני אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואינו יכול לחזור בו וכתב הרב ב"י ז"ל ומ"ש כאן רבינו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אשגרת לישן הוא דלא מקרי גבוה אלא עניי הקדש אבל הכא לא שייך לומר אלא נעשה נדר כמ"ש בירושלמי ע"כ וכיוצא בזה כתב סי' רנ"ג ולפי זה גם בנדון זה לא שייך אמירתו לגבוה דקהל זה רוצים להקנות להשכירו ולהרויח בו אלא נעשה לשאל עליו כמ"ש בטור י"ד ועיין בתשובו' מהרי"ל ז"ל סי' ל' ומהר"ר בצלאל ז"ל סי' ט"ו ולפי דעת הקהל היו יכולים לתפוס מההיא דכתב הריב"ש ז"ל בסי' תק"ז דבהקדש עניים אין בו שייך דינא דבר מצרא והארכתי בזה במקום אחר וכאן אין צורך להאריך וכבר כתבתי דבן המצר הזה אינו בא לדון על קניית החצר כולו רק על חלקו ונחלתו וכבר הראיתי פנים דבזה אין כח לשום אדם להוציאו מביתו וזכה בחלק וכל הבא לערער על זה דעתו ודאי לבא בעקיפין לעשוק גבר איש וביתו ומוחזקני בק"ק כמוהו אשר יש בו אנשים חכמים שלא יוציאו דבר זה מפיהם ויסירו דרכי המגמגמים ותרים בהבליהם ואיש על מקומו יבא בשלום כאם הכותב בשפה רפה נדרס כאיסקופה אהרן לפפא

סימן קכ"ב

דבר אמת והדת נתנה מפום מהלל רבנן החכם השלם סיני ועוקר הרים רב ועצום כמה"ר אהרן לפפא נר"ו ראתה עיני ואורה מהוות דעי באתרא דזקוקין דנורא נפקי מפומיה לית מאן מעייל בר נפחא לתתן אך אתנם להפכרת השואל ידיד נפשי המכיר בי עד בוש ואנכי לא אוכל המלט מהשיב פני הכבוד אמרתי אשנה פרק זה כפי מה שתעלה מצודתי וקוצר שכלי ואם דל הוא והגה הרב הפוסק נר"ו ארכבי' לתרי ריכשי בתחלה נתן ליורש לוי דין בן המצר ולבסוף עשאו מריה דאתרא וברא ספירי אמרינן הביא ההיא דפרק המקבל דאסיקנא דצריך למקנא מיניה ואיברא ודאי דכן פסקו כל הפוסקים אבל ראיתי בתשובת הגאונים סי' קנ"ז כתוב אבל אם ויתר בעל המצר ללוקח נכרי לא בעי קנין והוא מן התימא דהא איפסיק' הלכתא דצריך למקני' מיניה וליכא למימ' דט"ס יש וצ"ל אבל אם ויתר בעל המצר למוכר לא בעי קנין דהלת כיהי לא שייך אלא גבי לוקח שהוא לגבי בן המצר נכרי וליכא למימר נ"כ דבמסלק עצמו איירי וכדעת הרמ"ה ז"ל דלא כתב הרמ"ה ז"ל כן אלא מפני שמובן מדבריו אלו שנסתלק בקנין אבל תשובות הגאונים ז"ל כתבו לא בעי קנין משמע דאעיקרא דדינא לא בעי קנין ושמא תשובות הגאונים ז"ל ס"ל כדעת המרדכי ז"ל דאם אמר זיל זבין לא בעינא לא צריך קנין ובהכי איירי ויתר שכתבו הגאונים כלומר דאמר זיל זבין לא בעינא

וראיתי בתוס' פ"ד דכתובות ד"ה אימור אחולי אחליה לתנאיה תימה מה אחולי לשעבודא שייך גבי מתנה ונראה לר"י ז"ל כגון שבין ראשון לזמן שני קנה הנותן שדה אבל ש"ה הניתן והשתא אחליה מקבל מתנה לשעבודיה ולא יוכל לטעון דינא דב"מ ע"כ ומתוך דברים אלו היה נר' דס"ל לתוס' דאין צריך קנין כפשט תשובות הגאונים אבל זה א"א דהאי הכא מסקנא דגמ' וצ"ל דס"ל לתוס' ז"ל דכיון דעשה שעשה לכתוב שטר מזמן שני אלים נכי מאומר זיל זבין וה"ל כאומר זיל זבון לא בעינא דאין צריך קנין וכדעת המרדכי ז"ל

אמנם המסתפק אולי בזה דדילמא לא אסיקנא בגמרא דצריך למקנא מיניה אלא היכא שמכר הנמכר הוא מולקי ובא הלוקח לקנות המולקי ואמליך בבן המצר וא"ל זיל זבון לא מהני דבעי קנין משום דחשבינן ליה לבר מצרא באלו יש לו קצת קנין בגופה של קרקע כדכתבו הר"ן והרב הנמוקי פרק המקבל אבל בחזקות שלנו שעיקרא בעל החזק' אין לו בגוף הקרקע כלום ואינם אלא כשכירות דהעטם זה כתבו מגדולי האחרונים ז"ל דחזקה דין מטלטל יש לה ואע"ג דאיכא מרבוותא דסברי דיש להם דין קרקע כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הלוקח הוא המוחזק לגבי בן המצר כאו שעלתה הסכמת כל הפוסקים אחרונים וקדמונים עולת הרמ"ה ז"ל ואין המוחזק יכול לומר קים לי כותיה כיון דיחיד הוא בדבר הזה כמו שהאריכו בזה מהרי"בל ז"ל וכל קודשים עמו עוד יש מחלוקת אחר בין הפוסקים דאיכא מרבוותא דסברי דבחזקות שלנו נהגינן דינא דב"מ ורובא דרבוותא כמעט סוברים דליכא דינא דבר מצרא וכיון שכן הוא הלוקח זכה בקנייתו שהוא מוחז' כדכתיבנא ול"ת במקום שלא הסכימו שהחזקה דין קרקע יש לה ושיהיה נוהג בהם דינא דבר מצרא בהא ודאי בנדון שלנו אין שום ספק דזכה הקונה בקנייתו דאם לא הסכימו כן יכול הלוקח שהוא מוחז' אע"ג דפליגי רבוותא בהא קים לי כמ"ד דאין בה דינא דב"מ אלא אפי' במקום שהסכימו שיהא להזקה דין קרקע ושיהיה נוהג בהן דינא דבר מצרא איכא לומר דלא נתנו מתקני ההסכמות כח לחזקות הללו שיהיה לכם דין קרקע ושיהיה נוהג בהם דינא דבר מצרא אלא לענין דין קדימה ואפי' קנה הלוקח בעל החזקה מוציא' מידו אבל שיהא צריכה קנין באומר לו זיל זבון איפכא דלא יכו מתקני ההסכמות כח החזקה בקרקע ואחר החיפוש בדברי הפוסקי' ראיתי למהר"ש הלוי ז"ל בתשובותיו חלק ח"מ סי' מ"ג שנשאל על כיוצא דנדון דידן והעלה הרב דכיון דהוי חזקת בכתיבת רשות מגי יע"ש

גם מה שהאריך הרב המורה נר"ו דבנ"ד לא שייך אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הדברים ברורי' שתשובתו סובבת על השאלה השניה שנשאל שכתוב בה שאמר בן המצר לקהל שהיו רוצים לקנותו אם יחיד היה רוצה לקנות לא הייתי מתרצה עכשיו שהקהל רוצים לקנותו קולאי שירה אבל בשאלה הראשונה שאמר לקהל שירקא קולאי סירה הא ודאי פשיטא שנסתלק מזכותו כיון שאמר שירקא שהוא זיל זבון שאמרו בגמ' ואם לחוך אדם לומר דהא דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אף בהקדש עניים אינו מוסכם מהכל דנהי דהרי"טבא ז"ל בשיטתו לקדושין כתב וכן הדין בהקדש בזמן הזה וכן נראה מתשובות הגאוני' סי' ל"ח וכן נראה מדברי הרמב"ן ומהר"ש כמ"ש מהר"ם מינץ ז"ל בסי' ל"ג ומהר"ם מפדוה ז"ל בסי' ל"ז ח"מ הרשב"א בתשובה ח"א סי' תתש"נ כתב דלא אמרי' אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בהקדש עניים והביא הרב ז"ל תשובה זו בספר בדק הבית סי' י"ד סי' רנ"ט ומשמע דהכי ס"ל וכן הסכימו הרא"דם ז"ל בחלק י"ד סי' קע"ג ומהר"י אדרבי ז"ל סי' קט"ו ומורי הרב בח"מ סי' כ"ב וקנ"ז וכתב דאף דעת הרי"ף ז"ל והרא"ש כן ועיין גם בסי' ל"ט ובחלק ח"מ סי' ז' אף אתה אמור לו הן לו יהי כדבריך שדבר זה במחלו' הוא שנוי כבר כתבו הרדב"ז בתשובה כ"י ובמוספסות ח"מ סי' קל"ד וקע"ג והרב מהר"ר בצלאל ז"ל סי' ט"ו על סברת הרשב"א ז"ל שיחיד הוא בסברא זו ולא קי"ל כותיה ואף

שגדולי

שגדולי האחרונים שכתבתי לא ס"ל הכי מידי פלוגתא לא
נפקא וכיון דאיכא פלוגתא לא מפקינן מיד המוחזק כמ"ש
הראנ"ח ז"ל בח"א סי' ל"א במחלוקת זה עצמו ומהקודם
נתבאר שהקונה הוא המוחזק ועוד היה נראה לזכות לקונה
מהא דאיתא בהגהות מרדכי פ"ו דמציעא הביאה הרב ז"ל
בטור ח"מ סי' שנ"ד דכל דבר הנעשה בפני רבים אינו צריך
קנין במקום שיחיד אינו צריך קנין אלא שנ"ל שלא
באמרו דברים הללו אלא ברבים המוחלים ליחיד או יחיד
המוחל ליחיד בפני רבים אבל ביחיד המוחל לרבים כיון
דכולהו בעלי דבר נינהו דין יחיד המוחל יש לו ולפי זה
אם נמצאו שם שלשה שאינן מבני הקהל הקונין מחילתו
מחילה בלא קנין

כל זה כתבתי כפי הנחת הרב הפוסק נר"ו שנתן ליורש
לוי דין בן המצ' ולבסוף כתב דבן המצר הזה
אינו בא לדון על קניית כל החצ' רק על חלקו ונחלתו וכבר
הראיתי פנים דבזה אין כח בשום אדם להוציאו מחלקו
וזכה בחלקו כו' ואני בעניי איני רואה זכות ליורש לוי
שיהא לו דין בן המצ' כ"ש שיהא חלקו ונחלתו הבית אשר
הוא מחזיק בו שמודעת זאת בכל הארץ שהחזקות הנהוגו'
אצלנו אין שום זכות בקרקע למחזיק בהם אלא הרי הם
כשכירות ומטעם זה כתב מהרי"בל ז"ל בס"ב סי' פ' שראובן
הקונ' מהתוג' שמעון מחזיק בו אין צריך לפרוע שווי החזק'
למחזיק מכח ההסכמ' אך אם יש מנהג הכל לפי המנהג
ובס"ד סי' י"ח כתב שההסכמ' הזאת מקצת יהודים קבלוה
ומקצתם לא קבלוה ומי שהוא מהקהלות שלא קבלו' אפילו
מהמיעוט אינו חייב לפרוע ואפי' למ"ש מהרש"ט
בספר ש"י דף מ"ט ע"ב דלא כתב מהרי"בל ז"ל דהכל לפי
המנהג אלא בהסכמה שכתוב בה בפירוש שום יהודי לא
יוכל לשכור בית או חצר אבל בהסכמ' שכתוב בה שלא יהיה
רשאי לגרום נזק או שלא לדבר על אותה חזקה או לא
יהיה רשאי ליקח אותה אפי' קונה המולקי צריך לפייס לבעל
החזקה ואם לאו נכשל בחרם ע"כ אף אם מקום השאל' כתוב
בהסכמות כמ"ש מהרש"ט ז"ל אין מורך לקונה ליקח
רשות מבעלי החזקה לקנות' אלא לפייסו בדמים אחר שיקנ'
אבל אח"כ שיכול לקנות' שלא מדעת המחזיק שאין לו שום
זכות בקרקע ואף אם כתוב בהסכמ' בפירוש שכל מי שקונה
מולקי מן התוגר שיפרע שווי החזק' למחזיק אין לו שום
חיוב כי אם בפרעון אבל כל שלא פורש בה שבעל החזקה
קודם לכל אדם יכולין לקנות' שלא מדעת המחזיק ולפרוע
למחזיק שווי החזק' והטעם מפני שמתקני ההסכמות פסקו
כמ"ד שכירות לית בה דינא דבר מצרא וכמ"ש מהר"א ששון
בסי' רל"א והדין עמו שבהסכמות קושט' שנתנו לשוכר דינא
דבר מצרא כתוב שאם ירצה המחזיק לקנות המולקי הוא
קודם לכל אדם

הן אמת שראיתי למהר"שך ח"ב סי' קמ"ט כתב בסוף
דבריו ועוד אני מוסיף נומר שיש לחייב לשמעון
שיקח הדמים שנתן לתוג' מיד ראובן ויהיה הבית של ראובן
מטעם מצרן ואע"ג דלטנין פשקא דדינא הלכא רווחא דלא
מיקרי השוכר מצרן לעכב על הלוקח מ"מ בנ"ד שהוא מחזי'
בבית וכבר ידענו מה שכבר הוסכם מהקדמונים שאלו
החזקות דין קרקע יש להם ואלים וטדיף טפי משוכר כו'
ע"כ ומ"מ יראה דאף לפי דבריו לא תקנו אלא לענין קדימה
לא שיצטרך קנין במחילת' וכמ"ש הרב מהר"ש הלוי וכתבתי
דבריו למעלה ואם יראה המעיין שהנדון ההוא היה ממש
כנדון שלנו ופסק הרב דאפי' בלא קנין מהני המחילה ואף
את"ל שמהרש"ך ז"ל חולק בזה הדרינן לכללין דהקונה הוא
המוחזק וכל זה הוא בהנחה שבהשכמת העיר אינה עשויה

בכח חרם דאם עשויה בחרם אע"ג דקי"ל דכל ספק שיסתפ'
בדינא דבר מצרא מוקמינן ארעא בידיה דלוק' היינו כשאין
שם חרם אבל כשיש שם חרם מוקמינן ארעא בידיה דמצרן
כמ"ש הרמ"דס בחלק ח"מ סי' רע"ו ועם כל זה איני רואה
בנדון שלפנינו מקום ליורשי לוי לערע' על הקהל
שקנו הבית שהיה מחזיק בו אף אם לא היה נותן
להם רשות שכב' כתב הריב"ש ז"ל בסי' תק"ז דהקדש עניים
אין בו דינא דב"מ ואין חולק עליו והשתא אפי' נימא דמכח
ההסכמות יש לשוכר דין מצרן המצרן עצמו אינו מוציא
מידי ההקדש כ"ש לשוכר דדמוהו לבן המצ' מכח ההסכמה
ולא מן הדין ואף שמהראנ"ח ז"ל בח"א סי' פ"א וק"ו נסתפ'
במקום שהסכימו שיהא לשוכר דינא דב"מ אם כונתם להעדיף
כח השוכ' מכח הלוקח ולהוציאה מידו אפי' במקום שאין
בן המצ' מוציאה מידו או דילמא אין כונתם אלא שיהא כח
השוכר ככח המצרן ולפי זה אם בן המצ' מוציא' מיד הלוק'
גם השוכר מוציאה מידו ואם אין בן המצ' מוציא' מיד הלוק'
גם השוכ' אינה מוציא' מידו והעלה דהכל לפי לשון ההסכמ'
ואם יש חרם בהסכמה הולכין בספקו להחמי' לענין שהלוק'
יחוש לעצמו ולא לענין להוציא וא"כ עלה בידינו בנדון
שלנו שהלוקח יחוש לעצמו אף אם קנאה להקדש כיון שהעדי'
כח השוכ' מכח המצרן הא ליתא שאף אם נאמ' שיפוי כח
השוכ' מן המצרן לא יפוי כחו אלא לדברים אחרים לא לענין
הקדש דידו על העליונ' ואפי' תימא דאפי' לגבי הקדש העדי'
כחו לא דן הרב ז"ל דספקו להחמיר אלא באותם המקומות
שלשון ההסכמ' נותן יד להסתפ' בזה נסי' פ"א
לשון ההסכמה שכל בעל חזקה שימכו' חזקתו לשום יהודי
שלא יהיה המכ' קיים כל זמן שירצ' אותה השוכ' היושב
בה כו' ומתוך לשון זה דן הרב ז"ל דאולי כונתם להעדיף
לשוכר כחו יותר מהמצרן וכן בסי' ק"ו בהסכמ' היה כתוב
שהשוכ' יהיה קודם לכל מצרן שבפירוש העדיפו כח השוכ'
מכח המצרן אבל בתקנ' שאינה כהני גווני אע"פי שבפירוש
נתנו לשוכר דין בן המצ' פשיטא דלא העדיפו כח השוכר
מכח המצרן ואפילו תהיה ההסכמ' בחרם אין השוכר
מוציא' מיד מי שאינו מוציא' המצרן מידו תדע לך דהכי
הוא שהרי הראנ"ח ז"ל עצמו בסי' קי"ט כתב: ומן הכלל
הזה נראה שזכה הלוקח אפי' יש תקנה בעיר שיהיה לשוכ'
דין בן המצר והסברא נותנת שלא העדיפו כח התקנה
וההסכמ' אלא כדינא דגמ' בדר"ת שנתנו לשוכר דין בן
המצר ומעת' במקום שבן המצר נדחה כגון ביתמי או שהלוק'
ג"כ המצרן כו' ה"ה דין השוכר מכח התקנ' אלא שכיון שאין
התקנ' לפנינו איני דן עליה כו' ע"כ ולא תעזוב נפשי לדהול
למה לא ביאר הרב שאם ההסכמ' בחרם הולכין בספקו
להחמי' אלא שהדברים ברורים שלא נסתפ' הרב בסי' פ"א
וק"ו באותו ספק והעלה דספק חרם להחמי' אלא דוקא בהנך
הסכמות שבסי' פ"א וק"ו אבל בסי' קי"ח שאין ההסכמ' אלא
שנתנו לשוכר דין מצרן אפי' היא בחרם כל שאין המצרן
מוציא מיד הלוקח גם השוכר אינה מוציא' ומעיד אני עלי
שע"י היה מעשה בקושט' בגזבר ההקדש שקנה חנות השכור'
לראובן בלתי ידיעתו להקדש ועמד ראובן וערער מכח
ההסכמות שנתנו לשוכר דין מצרן בכח חרם ונשאנו ונתננו
בדבר עם החכמים השלמים ממוני החזקות וא' המיוחד
שבהם היה הרב מהר"ר אגוזי ז"ל ומקום הספק היה
מתשובת הראנ"ח ועלתה הסכמתנו לזכות ללוקח וכך נעשה
מעשה

שוב מצאתי למהר"ם אלשיך סי' פ"ד נשאל על הנדון
שנשאל הראנ"ח ז"ל בסי' פ"א וזיכה ללוקח עוד
אחרת יש בנדון שלנו שאת"ל שאף בשגגון הסכמ' זו הורה

הרא"נח ז"ל דאם יש חרם דהולכין בספקו להחמיר וכ"ע מודו כיון שאנו שהולכין בספקו להקל יוכל ס"ס ספק אם הדין האמור בפרק המקבל והלכתא צריך לאקנויי מיניה נאמר על קונה מחבירו גבי חזקה או דוקא בקונה לבדו מולקי ולא חזקה כדברי מהר"ש הלוי ז"ל ואת"ל דאף בחזקה נאמר דין זה שמא לא נתנו מתקני ההסכמות לשוכר עדיפות מהמצרן שבמקום שאין המצרן מוציאו שהשוכר יוציאנו והוי ס"ס המתהפך מספק אם נתנו לשוכר יותר כח מהמצרן או לא ואת"ל שנתנו לשוכר העדפה מהמצרן שמא בחזקות לא צריך לאקנויי מיניה אלא כל דאמר זיל זבון שלך שעבודו ומחל זכותו וכבר העלו גדולי האחרונים בתשובותיה' מהר"א ששון ז"ל בסי' קט"ז ומהרש"ט בספר ש"י דף ע"ב דאע"ג דספק חרם בהסכמות להחמיר בס"ס דנין להקל ועיין במהרי"בל ס"ד סי' י"ז ובתשובות מהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סי' ל"ו

נמצא פסקן של דברים בנדון שלפנינו של"מ אם בעיר שנעשה ההסכמה לא הסכימו דהשוכר יהיה בו דינא דבר מצרא ואפי' הסכימו לא הסכימו כן בחרם ואפי' הסכימו כן בחרם לא העדיפו כח השוכר מן המצרן דודאי זכה הלוקח במקחו אלא אפי' שבלשון ההסכמה יש לומר שהעדיפו כח השוכר מהמצרן כנדון הרא"נח בסי' כ"א ויש חרם בהסכמה הולכין בספקו להקל מטעם ס"ס וכמ"ש ומיהו מודינא שאם בהסכמה כתוב שהשוכר מוציא מיד המצרן דמוציא ג"כ מן ההקדש אונס אם בהסכמה אין כתוב כן זכה הלוקח במקחו כהלכה בלא מצרים ולענין דמי חזקה ישומו שמאים ביניהם כמה שוה החזקה בערך החזקות האחרות שנמכרו באותו חצר ויפרעו ליורשי לוי ואיש על מקומו יבא בשלום הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים במה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קכ"ג

קול ענות גבורה מלחמתה של תורה אנכי שומע וגם ראיתי אותיות ה' בידה אותיות מחכימות והמה כתובים אשר שם האלקים כתיבה כהלכה כן באו אלי מאת פני נחל נובע מקור חכמה ימין ה' רוממה חמדה גנוזה בראשית ברא הן הוא ששוש החכמים שלמים וכן רבים ולפירת תפארה באר מים חיים הרב מהר"ר חיים בנבנשת כר"ן על אודות ריב המצרנות אשר בין הק"ק עם אחד מיחידי העיר ואני בעניי בדעתי הקצרה הראיתי פנים לזכות היחיד כאשר הורוני מן השמים והוא בחכמתו הנשאה ובעלתו הנפלאה עלה הגלגל וסבב בית אל ועשה אזנים לתורה כאשר יאותה לאיש כמוהו מורה והנו נכב בחיל ובכח כנכנסת המורה ומלין לצד זכות הקהל ימלל כהלל בן שחר ואחר כבוד תהלתו האיש כמוני היכול אוכל דבר מאומה ונפשי יושבת שוממה ומי אתי מי ועלמי חרה אצבעות אימה במראה אצבעות אימה ספרא אשר על כן שומה היתה בלבי לתמוך פלך השתיקה כאיש ניהם במכאוב על משכבי כי לא אוכל לקום ולהביט בנועם אמריו ודרכי כשתרה אך ביישוב יהפוך לבי אותי יום יום מ־ין נרה ליבא וליתן בדבריו כנושא ונותן בדבר הלכה ערוכה בכל ושמורה

והנה תחלת דברי פיהו ערך אלי מלין על מה שהבאתי ההיא דפרק המקבל שאמרו דאי אמר זיל זבין צריך לאקנויי מיניה ותמה על זה מדברי התו' ז"ל שכתבו בפ"ד מכתובות על מ"ש שם בגמ' איתמר אשולי אחליה לשעבודא קמא תימה מה אשולי שייך גבי מתנה וכו' לר"י ז"ל כיון שבין זמן ראשון לזמן שני קנה הנותן שדה אצל שדה הניתן והשתא הדרא אחליה מקבל מתנה לשעבודיה ולא יוכל לטעון דינא דב"מ ע"כ תוכן דבריהם ז"ל לאו דאין צריך קנין והוא דבר תימא דכבר איפסיקא הלכתא דצריך לאקנויי מיניה ע"כ ולפי דבריו גם הרא"ש ז"ל ס"ל הכי שהרי גם הוא כתב לדברים אלו בפסקיו שם

ואני שמעתי ולא אבין מה ענין ההיא דתוס' לזה דשם איירי בשני שטרות היוצאים על מתנה אחת דביטל שני את הראשון ואמרו בגמ' דטעמא דאיתמר אשולי אחליה לשעבודא קמא כלו אחל המתנה אחר הזמן ראשון ועומד במתנה אחר זמן שני ועל זה הקשו התוס' דמה מחילה שייך במתנה לנותן הראשון לשני ותרצו שהיא לענין המצרנות דכיון דמחל הנותן הראשון נמצא שעדיין לא היתה שלו וכשקנה הניתן שדה אצל זו לא יוכל לטעון דינא לב"מ שהרי אין לו קרקע כדי שיטעון דינא דבר מצרא אבל ההיא דהמקבל הענין הוא שמחל לו זכות מצרנותו לבד ועל זה אמרו דצריך קנין למחול זכותו וזה דבר ברור אך מה שיש להקשות שם דאיך אמרו בגמ' דאשולי לשעבודא קמא שהרי קרקע אינו נמחל במחילה אלא בקנין וכבר עמדו המפרשים ז"ל בזה וכתבתי דבריהם בשטה אשר חברתי לכתובות ת"ל

והילך לשון הריטב"א ז"ל אשולי אחליה לשעבודיה י"ל אשולי אחליה לאחריות דה"ל עלויה דאלו גופה של קרקע לא מהני מחילה אלא בשקנו מידו ומגופה של קרקע קנו מידו וכדאיתא לקמן ראש פ' הכותב תסתמא אמרינן אשוליה אחליה ואין פי' זה נכון חדא דא"כ הוא"ל הא דרב אחא לא אתיא אלא בשטר דאית ביה אחריות ועוד מה מרויח בשטר שני זה דאשולי לשעבודא קמא דהא לא כתב שום תוספת בבתרא ולא אודויי מודי דשטרא קמא פסיל לכך י"ל דה"ק אקנויי אקני ליה מעיקרא ולהקנאה קרי אשולי כההיא דאמרינן בפ' ח"ה אשולי אשיל דאתא ומייעי בגוה כהדאי בעי לומר אקנייה לי והכא חיישינן דמשום דבתר דזכה מיניה הדר אקנייה ניהליה בקנין ובשטר הדר השתא וקבלה מיניה במתנה או זבנה מיניה ע"כ הנוגע לעניננו

ומה שהביא עוד הרב כר"ן מתשובת הגאונים ז"ל האמת שאין דרכי לחפש בתשובות אלו בדבר שאיני נשאל עליו בדין שהוא מוסכם בגמ' דצריך קנין ות"ח הוא"ל ואתא לידן נימא ביה מילתא ואיכא לומר שכיונו למ"ש הרמב"ם בתשובה הביאה ב"י מחודש ה' כל שידע ולא מיחה תוך יום או יומים לכל המרבה מחל דין מצרנותו ואין צריך קנין במחילתו כו' ע"כ ולזה אמרו אבל אם ויתר כלומר ששתק הוי מחילה ואין צריך קנין ולא הזכירו זמן דמסתמא כזמן דמועיל מחאתו קאמר

עוד האריך הרב כר"ן והביא תשובת מהר"ש הלוי ז"ל דבחזקות כאלו אין צריך קנין ובדבורו הקל כמתלי שעבודו ואני אומר דהאמת דאז כשכתבתי לא ראיתי דברי הרב ז"ל שעדיין לא נתפשטו ספריו במקומנו. ועם כל זה עדיין במקומי אני עומד ובמחילה מכבוד הרב ז"ל אין דבריו נכנסים באזני לענין זה שהרי ודאי לא גרע זכות חזקה זו משכירות והכא"ש להרי"בש ז"ל סי' תק"י דמי שמכר בית לזמן אינו יכול להסתלק ממנו בדבורו הקל אפי' בפני עדים כי אם בקנין גמור ואפי' במי שמשכן קרקע לחבירו בזמן ידוע סתם ומנהג המקום שאין מסלקין המלוה מן הקרקע תוך הזמן אע"פי שפורע מעותיו אמרו בגמ' שאם אומר המלוה ללוה תוך הזמן אם תפרעני אני מסתלק מן הקרקע אין בדבריו כלום ויכול לחזור בו אלא א"כ קנו מידו ע"כ וא"כ גם בנ"ד דלא גרע משוכר ובמקומינו דין מצרנות יש להם שעל הנחה זו שאלו משני וגם אני על זה השיבותי

שכך נהגו במקומינו מהיכא תיתי לומר דבכתיבת רשות נסתל' שעבודו אחר שהיין הוא לצריך קנין להסתלק מן המערנות וכבר נהגו דין מערנות וחזקות אלו ואע"פ שהבית דהריב"ש ז"ל ההם נלקות הוא מן הבית עצמו שלקחה בקנין והכא ההסתלקות מן המערנות שהוא דבר חיצוני מ"מ האחר דוש לו מערנות לא גרע מהא שכירות ואם יצא מחזקתו ע"פי דבורו נמצא דבלא קנין יצא מביתו דלא כהריב"ש ז"ל • ואיפשר דגם מהר"ש הלוי ז"ל לא אמרה בזולא בזה כפי הנראה מדבריו שסמך על ספקי ספקו' ובזה אים על מקומו יבא בשלום ולא יחלוק מהר"ם הלוי ז"ל עם הרב הכהן שכתב בח"ב סי' קמ"ט והביאו הרב כר"ו וז"ל ועוד אני מוסיף לומר שיש לחייב לשמעון שיקח הדמים שנתן לתוגר מיד ראובן ויהיה הבית של ראובן מטעם מערנות ואע"גב דלענין פסקא דדינא הלכה רווחת דלא מקרי המוכר מערן לעכב על הלוקח מ"מ בכיון זה שהוא החזיק בבית וכבר ידענו מה שכבר הוסכם מהקדמונים שאלו החזקות דין קרקע יש להם ועדיף ואלים טפי משוכר ואם ירצה המחזיק בבית ליתן ללוקח הקונ' המולקי דמי המקח יכול להפקיעו מטעם מערן ע"כ ואע"פי דיש לדחות דמהרש"ך איירי לענין קדימה ולא לענין כתיבת רשות מ"מ כפי ששטן של דברים גם בכתיבת הרשות המערנות במקומו עומד כיון שכבר נסתלקו קצת ספקות מהר"ם הלוי ז"ל וכבר כתבתי דבנ"ד על זה נשאלתי ועל זה היתה תשובתי כמו שנהגו במקומינו שדין מערנות יש להם ולזה קראתי אותו בעל ביתו ונחלתו

הנם הלוס האיתי להרא"נח ז"ל סי' קי"ט שנשאל על חזקה א' שנמכרה והקונה נמלך בשוכרים ואחר זמן שקנאה הקונה באו השוכרים לערער והאריך בענין ובתוך תשובתו כתב וז"ל עוד בא בשאלה שהלוקח נמלך בשוכרים ונהי שלא נתפרש אם קנו מידם או לא משקנת הינ' דבעי לאקני מיניה מ"מ קרוב הדבר שתשובתם היתה לא בעינא ליה ובכל כ"הג כתב המרדכי דלא בעי לאקני מיניה ע"כ ואם איתא דס"ל כהר"ם הלוי ז"ל למה לא כתב טעמו וגמוקו דגם שם חזקה היתה באופן שדברי מהר"ם הלוי לאו דברי שמכא נינהו נגד הרא"נח ז"ל • ועוד דל מהכא כל זה כבר כתבתי בפסקי הראשון שיחיד זה לא נתן רשות שהרי לא החליט המאמר לומר זיל זבון רק קולאי סירה ודברים אלו יש לפרשם בפנים רבים כמ"ש ולא ידעתי למה הרב כר"ו העלים עין מדברים אלו כי לא דבר רק הוא בעיני באופן דאין כאן כתיבת רשות לכל היבר הולך ומ"ש עוד על ענין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דבמחלוקת שניה גם אני ידעתי זה וכבר רמזתיו בהזכיר דברי הרב מהר"ר בצלאל ז"ל שהאריך בזה ולפחות עשיתי טעם זה סניפין עם הטעמים שכתבתי עוד שם וזה פשוט בעיני לא ראיתי שותר לזה •

עוד ראיתי להרב כר"ו משום דהקדש לעניים אין בו דינא דב"מ ועל זה חתם דבורו ואנכי לא ידעתי מה חידש לפו בזה כי גם אני כתבתי זה וז"ל בפסקי הראשון ולפי דעת הקהלה ו יכולין לתפוש מהאיך דכתב הריב"ש סימן תק"ו דבהקדש עניים אין בו דינא דב"מ והארכתי בזה במקום אחר וכאן אין צורך להאריכי כבר כתבתי דהמערן הזה אינו בא לידון על קניית החצר רק על ביתו ונחלתו וכבר הראיתי פנים דבזה אין כח ביד שום אדם להוציאו מביתו ע"כ ולזה קראתיו ביתו שסמכתי בזה על טעם השני שבא בשאלה דבית זה קנאו שמעון תלוי עם המולקי ולא ידעתי למה העלים עין הרב כר"ו מטעם זה והוא בעצמו רמז זה על דברי מתחלת אמריו וז"ל ארכבה אתרי ריכשי בראשית מתלכת אמריו נתן ליורש לוי דין בן המלך ובסוף דבריו עשאו האריה דאתרא כי הוא אלקו ונהלהו ע"כ ואחר זה עשה עצמו כאלו לא ידע ועל הכל אבאר ענין זה איך הוא דבר אמת שיורש זה הוא האריה דאתרא •

והנה בית זה יסודו ועיקרו הוא שראובן תושב איזמיר מכר בית זה לשמעון עם תשמישיו כהוגן וכתקון חז"ל כאשר כתוב וחתום בשטר שבידו וביני ביני הלך ראו' לקושט' ובא גוי א' שר ותקיף ולקח כל החצר באומרו שהיה חייב לו ראובן או שמכרו לא ידענו מה היה הדבר הזה אם ראובן מכר גם כן זה הבית או אם הגוי באלמות החזיק בכל והגד השוה שנהם שבאונס גמור נלקח הבית משמעון ולא היה כח לדון עם שתקיף ממנו ואח"כ בא שמעון ומכר זה הבית ללוי וכתוב בשטר אשר בידו איך מכר לו כל הכח שיש לו עם החזקה והמולקי ומכורש כתוב בשטר כלשון הזה והנם שהחצר הנז' וגם בתי המקנה נלקח בטש"ג ונמכר לגוי מ"מ בדין תורתינו הקדושה בתי המקנה הנ"ל הם מהמוכרים הנ"ל ובעד הסך הנ"ל שאדו שקבלו מיד הר' נתן הנ"ל מכרו והעבירו ליד ורשות הר' נתן הנ"ל כל הכח והזכות והחזקה והמולקי אשר יש להם בבתי המקנה הנ"ל כדין תורתינו הקדושה מההומא דארעא כו' הלא מעתה הדור אתם ראו תופשי התורה איך בית זה משמעון שקנאו מראובן ושמעון מכרו למורים לוי בכל חזקיו וכל זכותו והוא עומד במקום שמעון ומעתה צריך לדעת מה יהיה משפט שמעון בבית זה •

גרסינן בגמרא פרק הנזקין ת"ר הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות אין בו משום סקריקון כו' אמר שמואל נקיטינן אין הנכרות בבבל והא חזינן דאיכא אלא אימא אין דין אנפרות בבבל מ"ט כיון דאיכא בי דואר ולא אזיל קביל אימא אחולי אחיל וכתב הריטב"א בחידושיו וז"ל הבא מחמת חוב פירוש גוי שלקח בית של ישר' בחובו לא שהגיע לו אלא שהוא אנסו ומחמת חובו ירד שמתיירא ממנו שהוא יהרגנו ומשום כך לא תקנו בו והניחו הדבר על דינו שאין בו כלל משום אותם תקנות שתקנו בסקריקון והלוקח ממנו מקחו בטל ואפילו חזר ולקח מישראל אין דין אנפרות בבבל פי' שהלוקח מאנסרות וחזר ולקח מישר' מקחו קיים דכיון דאיכא בי דואר ולא קביל אחולי אחיל הכי כך פירשו החכם ר"י הלוי בן אחיו של רבינו נר' אבל ליכא לפרושי דאם לקח מאנפרות אע"פ שלא לקח מישר' שמקחו קיים דהא אנפרות זה לא קני ליה להאי ארעא דבמאי קני א"ת דבמחילה דמחיל גביה כיון דלא קביל מיניה קרקע אינו נקנה לאחר במחילה אלא ודאי אנפרות לא קני הכל כיון דמזבין ליה איכא למימר אקנויי אקני ליה כיון דלא קביל מיניה וזה נכון ע"כ גם הר"ן ז"ל בחידושיו פירש כן גם בתשובה כתב הריטב"א ז"ל הביאה הרב ב"י ז"ל סימן קמ"ט וז"ל כתב הריטב"א ז"ל בתשובה על ראובן שהיה חייב לגוי והכנו לגוי בחובו בית אשל ראובן ומכרו הגוי לשמעון ומת ראובן ובנו תובע הבית אם נתברר לב"ד שהגוביינה ההיא נעשית כראוי ע"פ ב"ד ישראל או ע"פ ערכאו' במקום שדין המלכות לדון עם ישראל בדיניהם הא קי"ל דינא דמלכותא דינא והוי כאלו לקחו מראובן וחזר ומכרו לשמעון אבל אם לא נתברר שהגוביינה היתה בדין אין לשום זכות בקרקע ההוא ע"כ הרי מבואר מכל זה שכל שלא נתברר שהגוביינא היתה בדין אין לשמעון זכות בקרקע ובנ"ד ג"כ אם לא נתברר שהגוביינא היתה כדין יורש ראובן יכול להוציא כל החצר מן הקהל ומ"מ לענין בית זה אחנו דכיון שלין ידוע הוא שבגזלנות בא לגוי אף שנאמר שראובן

שראובן זה נתנו לגוי הרי הוא גזל וקי"ל דקרקע אינה נגזלת והלוקח מן הגזלן אבד מעותיו

גם הריב"ש ז"ל בסימן ר"כ כתב כי כל הנאמר בדינים אלו דסקריקון הוא כגון שהבעלים נתנו הקרקע לסקריקון והקנהו לו באחת מדרכי ההקנאות אבל כל היכא שלא הקנו לו הבעלים לזקריקון כלל אלא שהוא ירד באונס לקרקע של ישראל וגזלו הגוי שיאמר לו ישראל שא קרקע והניחני בכי הא ודאי הלוקח מן הגזלן אבד מעותיו דקרקע אינה נגזלת כו' והא דאמרינן בגמ' כמי הבא מחמת חוב כו' הכי כמי הוא שהישראל נתן לו קרקע מחמת איזה חוב שהיה הגוי טוען עליו אבל כמי שאנס מן הבעלים ולא נתנו לו כלל הבעלים ולא הקנו לו בהא ודאי אפילו ע"ד כמה שנים ואיכא כי דוחר ולא אזיל לא קנה הגזלן והלוקח ממנו צריך להחזיר לבעלים בלא כלום דקרקע אינה נגזלת וכ"כ רבינו מאיר הלוי ע"כ ואע"פ שבפירוש הלכה נראה קצת התנגדות בין הריטב"א והריב"ש ז"ל מ"מ לענין הדין הכל עולה לדין א' כמו שנראה למדקדק בדבריהם ולהר"מ ז"ל יש לו פירוש אחר בהלכה עיין פ"י מה"גז וכעת אין לי פנאי להאריך בזה

וכיון שכן זכינו לדין זה בכ"ד דיורש לוי זה עומד בתקום שמעון הקונה מראובן וכל כח זכותו יש לו לזה. וכור לראובן של זכות שתבא לידו וכיון שבגזלנות בלקח ממנו או מכר ראובן או מכר הגוי קרקע בחזקת דמלוה עומדת וצריך הלוקח להחזיר לו בלא דמים כדברי הרמ"ה

הן אמת שראיתי להריב"ש ז"ל בסוף תשובתו שכתב אלא שעדיין יש לדון דאם היה צריך בע"ה להוציא הוצאות לאפיאו מן הגוי בדיניהם או שהיה אנס וצריך לפייסו בזוזי בכי האי יש לומר דנותן לו מה שהוציא כפי סברת רמ"ה ומו שהביא הרא"ש ז"ל בשם קצת וגם לגאונים דלבתחלה נראה דסותר דבריו הראשונים דבתחלה כ' דצריך להחזיר בלא כלום ואיך כתב פה דצריך ליתן לו אלא שענין זה נ"ל שהוא פשוט דאה"נ דמן הדין אין צריך לתת כלום אלא אם אנו רואים דבודאי היה צריך להוציא הוצאות כדי להציל מן הגוי צריך לתת לו כס' רבינו גרשום ז"ל ועיין בפסקי מהרא"י ז"ל סי' ק"ט

ואחרי כתבי זה ראיתי למהרש"ך ז"ל בח"ב סימן פ"א שנשאל על בתי ישראל שלקחם הדיפדינדאר מהישראל ומכרם לגוי והגוי מכרם לישראל אחר והשיב הרב ז"ל דאם הדיפדינדאר לקחם בגזלנותא הוי ממש כההיא דהריב"ש ז"ל וישראל הלוקח הבתים הנם חייב להחזירם בחנם והניח מעותיו על קרן הצבי מבח כההיא דהרמ"ה ורש"י ז"ל שכתב הריב"ש ז"ל ואע"פ שלסברת ר"ג צרי' בעל הבית לשלם ללוקח מה שהוציא מ"מ לסברת רש"י ז"ל צריך להחזירו בחנם והרמ"ה ז"ל הסכים לדעתו כמ"ש הריב"ש ז"ל בסימן הנז' ויכול לומר קים לי כרש"י והרמ"ה ז"ל דצריך להחזיר בחנם

ויש לתמוה על הריב"ש שאחר שכתב סברת רש"י והרמ"ה על הדרך שכתבת העלה בסוף התשו' הנז' אלא שעדין יש לדון דאם היה צרי' בע"ה להוצי' הוצאות כו' והעלה הוא דלטולי סברת רש"י והרמ"ה ז"ל דקרקע במקומה עומדת ויכול לומר קי"ל כאותן דצריך להחזיר באונס ומה שנראה לי כתבתיו ·

והשתא דאתינן להכי דיורש לוי הוא בעל המולקי ות"ריה דאתריה אף אם היה אומר מהמך שומע ז"ל זבון אינו כלו' כיון דלא קנו מיניה שכבר כתבתי בשם הריטב"א ז"ל דקרקע אינו נקנה בתחילה אלא בקנין ואין צורך להאריך בזה ועיין ג"כ פרק יש נוחלין דף קל"ב גבי ההיא שאמרו מקול כתובה שאני אין בזה שפי' רשב"ם ז"ל

וא"ת עדיין יש לבטל דין לחלוק מההיא דגרסינן בפרק ח"ה דף ל' ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינא א"ל פלוני גזלנא הוא א"ל והא אית לי סהדי דאתאי אמלכי בך ואמרת לי זיל זבון א"ל הכי נוח לי והראשון קשה הימנו אמר רבא דינא קאמר ליה משמע דבא"ל זיל זבון הוא משעבד אף אתה אמור לו דהכא טעמא יקא אמרינן בגמרא דיכול למימר הכי נוח לי ור"א קשה הימנו איכא הכא דיכול לומר לכך נתתי רבות לפי שאם היה הבית הזה ביד הגוי לא היה מוכרה לי לבדו ולא הייתי יכול לעבות עמו דין אבל כשתקננה אתם אקחנה מיד בדין ועוד יש לחלק דבגמרא התם שהבית היה עומד בחזקת הראשון אין לו. לאת רבות אם יש לו בלבו שהוא שלו אבל הכא שהבית עומד בחזקתו וכ"ע ידעי דלבאות ההזקה שלו בודאי שנתינת הרבות שזק עשה להם כל זמן שלא לקחו קנין ממנו כאופן דהכא סלקינן. וכהא נהתינן דיורש לוי הוא מאריה דאתרי' ואין אים מוציאו מביתו בדברים וכל זה דברים ברורים באזני שומעיהם כי יען קרב גר"ו את רוחו עליהם וא"ת לא הותר קבלו דעתי כי אין דרכי שהבת הניכוח רק להשיג האמת ולהיותי חלוש הרבה ושל התלמידים כבד עלי והוכבני מביטול בית המדרש לא האכרתי יותר והארתי עת לקבור כאם נדרם כאיסקוכא אהרן לככא

סימן קכד

בהביטי אל תלות החכם השלם הרב כמהר"ר אהרן לפכא נר"ו שכל מ"ש הם דברים ברורים באזני שומעיהם כי קנן את רוחנו עליהם. הקשבתי ואשמע והתבוננתי והבלתי שבגינו לדבר אחד נתכוונו שכבר הרב נר"ו מודה דאם מטעם בעל חזקה אתינן עלה וכו הקהל בדינם אלא שקראו מאריה דאתרא מפני שבית זה עיקרו המולקי שלו הוא מיורש לוי אלא שלקחו חונר אחד באונס וכפי זה אפי' דמים אינו חייב לו אלא לוקחו בחנם בלא כסף ובלא מחיר

והנה אמת אין מי שיוכל להכחיש דין זה דאם העיקרא המולקי אינו של הגוי אלא שלקחו באונס וביד חזקה ועודינו ביד הגוי באונס דהדרא ארעא למאריה הגם אין כסף אבל במחילה מכ"ת הדד ביה מר ממ"ש בפסקו הראשון דאפילו בלי טענה זו הדין עם יורשי לוי ולא זכו הקהל מפני שהוא חלקו ונחלתו כמו שירשה המציין בפסקו שכתב כלשון הזה וע"פ זה כתבתי שלענ"ד אני רואה מקום שיהיה הדין עם יורשי לוי אא"כ כתוב בהסכמת העיר שהמוכר או בעל החזקה קודם לקהל אבל אם אין כתוב כן זכו הקהל במקחם כת"ב שם

מעתה מה שתמה עלי הרב נר"ו שבתחלה כתבתי דארכבי' אתרי ריכשי שבתשובה נתן ליורש לוי דין בן המכר והסוף עשאו מאריה דאתרא כי הגוי הלקו וגזלו ואח"כ עשיתי את עלתי כאלו לא ידעתיו. אהר הכחי' אלו היה מדקדק בדבריו ובדברי שד העט היה. מתברר לו שאף על זה סקהתי ולא העלמתי עין התגנו ח"ו אלא שכלפי מ"ש הרב נר"ו דאפילו בלא טענה זו המולקי הוא ליורשי לוי אלא אפילו בהיותו בעל חזקה הוא חלקו ונחלתו ולכן לא זכו הקהל אפילו להקדים כתבתי דאין זאת אלא שהקהל זכו מטעם זה דלא יהא המוכר עדיף מבן המכר דאינו מוציאו מיד המקדים כ"ש וה"ה בעל החזקה. ובזה ג"כ מה שתמה עלי שהוא ג"כ כתב טענה זו דאין להקדים דינא דבר מצרא אין כאן תמיהה שהרב נר"ו כתב שלא זכו הקהל בטענה זו ודעתי הקצרה נוטה שזכו הקהל

אני טרם אבא לדבר בזה אזורה נא ואראה מ"ש הרב נר"ו בזוף דבריו ז"ל והשתא דאתינן להכי ליורש לוי הוא בעל מולקי מריה דאתרא אף אם היה אומר מאמר מוחלט זיל זבין או כו כלום כיון דלא קנו מיניה שהרי כתבתי בשם הריטב"א ז"ל דקרקע אינו נקנה במחילה אלא בקנין כו' ואני בעניי נ"ל דאם המולקי כפי הדין הוא מיורש לוי ל"מ אם לא נטל קנין דלא תהני אלא אפילו נטל קנין לא מהני ולא דמי כלון הריטב"א ז"ל לנדון שלנו דכוון הריטב"א ז"ל הוא שקנו מידו מגופה של קרקע שהמקבל חוזר להקנותו בקנין או בשטר שדי מכורה לך שדי נתונה לך אבל בנדון זה שהקרקע היה מראובן ושמעון בא ואימליך בראובן שרוצה לקנות הקרקע מלוי ואמר לו ראובן זיל זבון מה יושיענו הקנין כיון דהקנין לא בא להקנות הקרקע אלא לומר שלא יערער על המכר הא ודאי פועל בטל הוא דמעיקרא מה שמכר לוי אין כאן מכירה שמכר שדה שאינו שלו ומלד הקנין שלקח ראובן לא זכה שמעון שלא היה הקנין להקנות השדה אלא שלא לערער על מכר זה ואין מקום לחול הקנין כיון דמעיקרא מכר לוי אינו מכר וכבר ידוע מחלוקת הפוסקי' במי שקנו מידו לתת כך וכך כו' אי הוי קנין דברים הובא מחלוקת זה בטור ח"מ סימן קכ"ז ס"כ וע"ש בש' כ"ג וכ"ו ונבב"י סימן קכ"ה מחודשין י"ב ס"ך •

ומ"ש בפרק ח"ה והא אית לי סהדי דאתאי אמלכי בי ואמרת לי זיל זבון כו' לאו למימר דאם הקרקע היה שלו מהני זיל זבון אלא שבאמרו זיל זבון היא הוכחה שהקרקע אינו שלך דאם היה שלך היית אומר אל תקנהו כי גנוב הוא אתו ממני ועל זה אמר רבא דינא קאמר ליה במה שאמר לו השני נוח לי והשני קשה הימנו וזה פשוט לע"ד • שוב אחר שכתבתי זה יום או יומים מלאתי בהריב"ש ז"ל סימן ר"ז דרך למודי כתב שם ועוד מטעם אחר שאם הקנין ההוא לקנין הלואה ככתבה וכלשונה אין קנין זה כלום שאין אנו מקיים בקנין דברי אבידו הבטלים וקנין כזה קנין דברים של הבאי הוא הנע עלמך שמעון שנתן ללוי ביתו של יהודה וקנו מיהודה שהוא מקיים דברי שמעון. הים לומר שיהיה ממש בקנין זה אע"פ שהבית היא של יהודה מאחר שיהודה אינו נותן ללוי רק שהוא מקיים מתנת שמעון הבטלה ואין קיומו כלום ע"כ והיינו נדון דידן ממש ולכן אם כפי הדין מעיקרא דדינא המולקי הזה הוא מיורש לוי אפי אמר זיל זבון וקנו מידו על זה לא מהני

ועל מ"ש בלברי התוס' ז"ל פרק נערה ד"ה אימור אחולי אחלי לתנאי' כו' כתב הרב נר"ו ואני שמעתי ולא אבין כו' וזה דבר ברור כו' והולך לשון הריטב"א ז"ל כו' ע"כ אומר אני שאם הדברים ברורים לפני הרב נר"ו שלבו כפתחו של אולם לגו שאינו אפי' כמחט סדקית אינם ברורי' לקולר השגתנו כמו שאבאר ותחלה אומר שמה שהביא הרב נר"ו מדברי הריטב"א ז"ל בשטתו לכתובות מכ"י הכל הוא בספרי הדפוס חקוק בעט ברזל ועופרת שמ"ש הריטב"א דים לפרש אחולי אחיל לאחריות דהו"ל עילויה דאילו לגופה של קרקע לא מהני מחילה אא"כ קנו מידו מגופה של קרק' ולפי זה הא דרב אחא לא אתי אלא במכר דאית ביה אחריו' כתבוהו הר"ן ז"ל בפירוש ההלכות והריב"ש ז"ל בסימן תפ"ח בפירוש והפירוש שה זכים בו הריטב"א ז"ל לרוקא אקנויי אקני ליה בפירוש מעיקרא והיינו דבתר דזבנה מיניה הדר אקנייה ניהליה בקנין או בשטר היא הפירוש שכתבו התוס' בזוף דבור הנו' ז"ל ועוד אומר רשב"א דכ"מ אם לוה נותן בין זמן ראשון לזמן שני שיטרפו ב"ח מאותה שדה ע"כ ועל כרחך רשב"א ז"ל מפרש מאי דקאמר בגמ' אחולי אחליה לשעבודא כפירוש שהשכים הריטב"א ז"ל דאקנויי אקני ניהליה בקנין או בשטר דאל"כ אין מקום לב"ח לטרוף מאותו שדה אפילו דאחולי אחליה לשעבודיה כיון דגוף השטר הוא קנוי למקבל מזמן הראשון וזה פשוט בעיני

אמנם מי שידקדק בדברי התוס' יראה מבואר דלתירוץ ראשון לא ס"ל דאקנויי אקני ניהליה בקנין ושטר אלא דאחולי אחיל לשעבודיה כפי' הר"ן ז"ל דאיכא למידק בדברי התוס' מה הוקשה להם תימא מאי אחולי אחליה שייך גבי מתנה והרי הדבר מבואר בדברי רשב"א ז"ל דכ"מ אם לוה נותן בין זמן ראשון לזמן ב' שיטרפהו ב"ח מאותה שדה ולמה ברחו מנפקותא זו שהיא מבוארת ודחקו עצמם לומר דכ"מ לדינא דבר מכרא אלא שהדברים מראין דהתוס' לא ס"ל לא כמר ולא כמר לא כדעת הר"ן ז"ל ולא כדעת רשב"א אלא רוח אחרת אתם כמו שאבאר הם ברחו מפירוש הר"ן ז"ל לפרש דאחולי אחיל שעבוד דאחריות. משום דלפי זה כ"ל דאחולי אחלי' לשעבודיה לא קאי אשניהם במתנה אלא אשניהם במכר דלשניהם במתנה כ"ל דהטעם משום דאודויי אודו ליה וזה דוחק כי לא פורש זה בדברי התלמוד וברחו ג"כ מפירוש רשב"א ז"ל משום דלפירוש רשב"א ז"ל היה לו לרב אחא לומר אימור אקנויי אקני ליה כו' וכבר הרגיש הריטב"א מזה ויישבו והתוס' לא נחה דעתם בפירוש זה תו קשיא להו לתוס' לפירוש זה דהיכי אמרינן בגמרא מאי ביניייהו אורועי סהדי ולשלומי פירי ולטפקא ופירש"י ז"ל דלשלומי פירי ולטפקא לרב אחא על הלוקח לפרוע מזמן ראשון ובשלמא אם נפרש אחולי אחיל לשעבודיה ניחא דלרב אחא על הלוקח לפרוע טפקא ופירי שהקרקע שלו מזמן ראשון אבל אם נפרש אקנויי אקני ניהלי' עדיין יש מקום לומר דעל המוכר לפרוע דשמא אקנויי אקניה לי השדה בקנין או שטר תכף ומיד אחר המתנה וכיון דתרכף הקנהו לו על הנותן לפרוע עד זמן שטר שני

וכדי לתרץ זה לדברי רשב"א ז"ל צריכין אנו לידחק דה"ק לרפרס על המוכר לפרוע לעולם עד זמן השטר השני ולרב אחא יש זמן שעל המקבל לפרוע כגון שלא חזר והקנהו לו תכף ומיד אלא אחר זמן ועד אותו זמן על המקבל לפרוע וכל זה דוחק לכך בחרו התוס' פירוש שליבי שיתיישבו בו כל הקושיות דקשיא לפירוש הר"ן ורשב"א ז"ל והוא זה דלעולם מאי דקאמר רב אחא אימור אחולי אחיל לתנאיה אכולהו קאי בין בשניהם במכר בין בשניהם במתנה וכי תימא מאי אהוליה שייך לגבי מתנה ופי' כגון דבין זמן ראשון לזמן שני קנה הנותן שדה אבל שדה הניתן והשתא אחולי מקבל מתנה לשעבודיה ולא יוכל לטעון דינא דב"ת כלומר דמוחל לו השעבוד שיש לו עליו מדינא דבר מכרא אבל גוף השדה לעולם הוא קנוי למקבל מזמן ראשון והיכי משכחת לה דמהני מחילה בלא קנין בדינא דב"ת בכתבם שטר מזמן שני דהוי כמו זיל זבון דלא בעינא וכמ"ש בקונטריסי הראשון וזה קיימתיו מסברא ושוב מלאתיו מפורש בתשובה לרב מהר"א ששון ז"ל סימן ק"ה כת' כלשון הזה אבל התוס' חולקים עליו שהרי כתבו בדבור אימור אחוליה אחיל לשעבודיה תימא כו' ועוד אמר רשב"א כו' הרי דלדעת רשב"א נראה דאחולי אחלי גמי מהני לגוף הקרק' דאלת"ה היאך יטרפו ב"ח של נותן בין זמן ראשון לשני וכ"ת והרשב"א ז"ל היאך יתרץ ההיא דאפילו אם החזיר השטר קי"ל דלא חזרה מתנתו כ"ל דהכא חיישינן שאחר שקבלם ממנו חזר ומכרם בקנין או בשטר גמלא א"כ שרשב"א חלק

על הר"ן ז"ל באותו דין. הן אמת שלכאורה קשיא לי לדעת רשב"א כו' אבל יש לתרץ כו' ע"כ דבריו ברורמללו שאין צורך לומר אחולי אחליה לשעבודיה מהני נמי לגוף הקרק' ומיירי כגון שחזר להקנות בקנין או בשטר לא לדעת רשב"א ז"ל אבל לתירוץ ראשון אין צורך לזה אלא אחולי אחליה לשעבודי' כפירו' הר"ן והיינו ודאי כמ"ש ועסכי שערי הדאן' לא כנטלו לרוכה לדחות שלא על פי שרש האמת עין כל הישר הולך שזהו כונת הרב מהר"א ששון ז"ל בלי ספק ושוב כתב הרב ז"ל דיש לן תירוץ אחר דלעולם לכ"ע אחולי אחליה דקאמר גמ' הוא לענין שעבוד דוקא ולא לשויקניה כו' כמו שיראה הרואה שם

הנה לפי תירוץ זה הסכים הרב ז"ל דאפילו לרשב"א ז"ל מאי דקאמר בגמרא אחולי אחליה לשעבודיה הוא לשעבוד דוקא כפשטיה דתלמודא ואני תמיה על הרב נר"ו דאחר דנחית לפרושי דאחולי אחיל דשעבודא דקאמר תלמודא אקנויי אקני לשעבודא והא ודאי בקנין או בשטר כמ"ש הריטב"א ומהר"א ששון ז"ל למה לא פירש אחוליה אחיל לשעבודיה דבר מצרא שכתבו התוספות ז"ל אלא שמחלו בקנין:

ואל זה אביט מ"ש הרב נר"ו שאין דברי הרב מהר"ש הלוי נר"ו נכנסין באזניו בענין זה ותוזק דבריו מדברי הריב"ש ז"ל מסימן תק"י דכתב דמי ששכר בית לזמן אינו יכול להסתלק ממנו אלא בקנין ומשכנתא באתרא דלא מסלקי תוך זמן שאם אמר המלוה תוך זמן אם תפרעני אסתלק מן הקרקע שיכול לחזור בו אם לא קנו מידו ע"כ ונוראות נפלאתי על דבריו דמלבד דיש לדחות כמו שכת' הרב נר"ו דהתם הוא להסתלק מן הקרקע עצמו אבל כאן הוא להסתלק מהמצרנות מה ענין זה. ההיא דהריב"ש ז"ל ניחא הוא דכיון דהקרקע קנוי לו לזמן שכירותו והוי כשלו דשכירו' ממכר ליומיה הוא כדי להסתלק מגופו של קרקע צריך קנין שאין אדם מסתלק מקרקע שלו כי אם בקנין וכן במשכנתא שהקרקע קנוי אללו נגד מעותיו כל זמן המשכנתא בדברים אינו מסתלק מהקרקע אלא בקנין אבל הבא בנדון זה מי יקנה לו הקרקע לשל הוזקה כדי שנא' שהוא קנוי לו וצריך קנין להסתלק ממנו אין זה אלא תיקון ומייג שתקנו מתקני ההסכמות כדי שלא יסיג גבול חבירו ואין לו שעבוד על גוף הקרקע אלא הקדימה בלבד ומיהו מי שמחזיק בבית גוי בבא להקנות החזקה צריך קנין לא"ד שדין קרקע יש לחזקות שלנו אבל להסתלק מן המצרנו' כיון שאין לו קנין בה אלא שעבוד הקדימה מסתלק אפילו בלא קנין תדע דאפילו בשכירות כל שאין לו שעבוד בגוף הקרקע מסתלק בלא קנין דלא כתב הריב"ש ז"ל דבעי קנין אלא בשוכר דיש לו שעבוד על המקו' המושכר לו וגוף המקום קנוי לו לזמן השכירות לכן להסתלק ממנו א"א אלא בחוזר ומוכרו לו הילכך צריך קנין אבל משכיר דאין לו על השוכר אלא שעבוד דמי שכירות בעלמא שהוא מחוייב לפרוע לו כל שהמשכיר פטרו מהם הרי הוא כמוחל לו חוב בעלמא שהוא פטור אפילו בדברים בעלמא דמחילה אינה צריכה קנין וכמ"ש הרא"נ"ח ז"ל ח"מ סימן ל"ז והסכים עמו הרב מהר"ר חיים כאשן זלה"ה ואם במשכיר שהקרקע שלו כל שאין לו שעבוד קרקע באמירה בעלמ' בלא קנין מסתלק כ"ש בן המצר שאין לו אלא שעבוד קדימה מן התקנה מי הכניסו שתצא בקנין ולא באמירה בעלמא

ועתה על עצמך אם דין בן המצר כדין שוכר שאינו מסתלק אלא בקנין מ"ט כי אמר זיל זבון לא בעינא מסתלק כמ"ש המרדכי ז"ל והלא בשוכר כה"ג אפילו אמר זיל לא בעינא ליה אינו מסתלק בלא קנין ולכ"ע מאי שנא לוקח ממוכר דאלו לוקח שבא להמלך עם בן המצר ואמר לו זיל זבון לא מהני וצריך קנין ואלו מוכר שבא להמלך עם בן המצר ואמר לו בן המצר זיל זבון לעלמא לא צריך למקני מיניה ופסקו כן כל הפוסקים זולת מהר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ג שכתב דכיון דאיכא פלוגתא המע"ה ובסמוך יתבאר דאפילו לדעתו בכ"ד זכה הלוקח ואם המצרן יש לו קנין בגוף הקרקע להצריכו קנין להסתלק ממנו אמאי כי אמר למוכר זיל זבון בלא קנין נסתלק אלא שטעמן של דברי' דלא מפני שצריך הוא לקנין לא מהני הסתלקו לגבי לוקח אלא כיון דלוקח הוי שלוחו של המצרן כמ"ש הפוסקים כשאמר המצרן ללוקח זיל זבון עדיין אין הוכחה שאינו חפץ בשדה אלא שאמר לו זיל זבון ועשה שליחותי ואני אקננה ממך ואיני קונה אני אותה כדי להעמידה על דמים הראויים כמ"ש רש"י ז"ל אבל כשאמר לו זיל זבון לא בעינא הרי גילה דעתו שאינו רוצה אותה ואע"פ שאין שם קנין אין צורך אל הקנין להסתלק ממצרנותו אבל כי אמליך ביה המוכר ואמר זיל זבון לא שייך למימר ועשה שליחותי דהמוכר אינו שלוחו של המצרן אלא הלוקח ובודאי כשאמר זיל זבון לעלמ' נסתלק מן המצרנות

איברא דאין זה אלא למרדכי וסיעתו דס"ל דאם אמר זיל זבין לא בעינא נסתלק בלא קנין והרב הגדול מהר"י באסן ז"ל ומהר"ש הלוי ז"ל בתשובותיו חלק ח"מ ס"ל דרש"י אינו חולק על דברי המרדכי בזה וכן נראה מדברי הרב ז"ל בב"י הח"מ סימן קע"ה וספר המכה ז"ל בסימן הנז' אבל לפי מ"ש הר"ן וב"י במאי דקאמר תלמודא והלכ' צריך להקנא מיניה כתבו פירוש משום דחשבינן לבר מצרא כאלו יש קנין קנית בגופו של קרקע ומיהו כי קנו מיניה סגי אע"ג דהוי קנין דברים והרא"נח בח"מ סי' קכ"ה כ' ולא כתב המרדכי דאי אמר זיל זבון לא בעינא דמהני בלא קנין אלא לפי שטתו אבל לפי שיטת רש"י ז"ל אפילו אמר זיל זבון לא בעינא צריך למקני וכן כתב בספר מורה צדק בשם מהר"ף ז"ל וכ"כ הסמ"ע א"כ לפי הגדולים הללו נר' דהטעם דאינו מסתלק באמירה בעלמא הוא משום שיש לו קנין קנית בגופו של קרקע וליתא דלכ"ע באמירה בעלמא מסתלק אלא שצריך קנין כדי שלא יאמר משטה הייתי בך אבל כל שאין לומר משטה הייתי בך מסתלק אפילו בלא קנין ואפילו נימא דלגדולים הללו כדי להסתלק מן הקרקע צריך קנין דוקא בקרקע מולקי לא בקרקע הזקה וכמו שהאריך גם מהר"ש הלוי ז"ל ואפילו תימא דאיכא פלוגתא הלוקח הוא המוחזק וכל דאמר זיל זבון לא בעינא אע"ג דלא קנה מיניה קנה הלוקח ומינה דבחזקה שאין לו שום שעבוד בכל גוונא מסתלק וכבר כתבתי כן בקונט' הראשון דבכל מחלוקת הלוקח הוא המוחזק יע"ש.

אמנם ראיתי להקדיק בלשון הרב נר"ו שכתב הגה הלום ראיתי להרא"נח ז"ל בסימן קי"ט שנשאל על חזקה כו' ובסוף תשובתו כתב כו' ואם איתא כדברי הר"ש הלוי למה לא כתב טעמו ונמוקו דגם שם חזקה היתה ע"כ ואני תמיה על הרב נר"ו בזה נהי דהרב הגדול הרא"נח ז"ל רב הוא ורב גובריה ומי כמוהו מורה בגדולי האחרוני' ז"ל הקרובים לזמנינו זה כמוהו כאשר שמע שמענו שהיה מגדולי המפורסמים בהוראה ובעיון ובבקיאות בדור ההוא מ"מ גם הרב הגדול מהר"ר יחיאל באסאן ז"ל היה גם כן מגדולי דורו המפורסמים בעיון ובהוראה ואמאי שביק הרב נר"ו להכריע הכרעה אליו מדברי הרב מהר"ר יחיאל ז"ל

שכרתה חולק על מהר"ש הלוי ז"ל באותו נדון עצמו שכשאל מהר"ש הלוי ז"ל כשאל הרב הגדול מהר"ר יחיאל ז"ל וזיכה לקונ' מטעמי' אחרים ולא נשתמש בחילוק זה שחילק מהר"ש הלוי ז"ל לחלק בין מולקי לחזקה ועדיף טפי להביא מדברי הרב מהר"ר יחיאל ז"ל ממה שהביא מהרא"ח ז"ל דבנדון הרב מהר"ר יחיאל ז"ל בא הדבר מפורש בתשובת מהר"ש הלוי ז"ל שהיתה תשובתו במקום שהסכימו שבעל החזקה קודם בקניה לכל איש ישראל אבל אינו מוזכר שיהא מכרן כלל ועיקר מה שאין כן בנדון הרא"ח ז"ל שרוצה לזכות ללוקח אפי' שיש הסכמה בעיר שיהא למוכר דין מכרן כמ"ש בסוף התשובה

ומן הטעם הזה היה נראה שזוכה הלוקח אפילו יש תקנה בעיר שיהיה למוכר דין בן המכר כמו שנראה קצת מדברי השואל שהוא מזכיר נימוסי המדינה ואפשר דכשלא יהיה השכמה באופן זה אלא שהסכימו שבעל החזקה קודם לכל אדם כנדון הרב הגדול מהר"ר יחיאל ז"ל ומהר"ש הלוי ז"ל יודה הרב ז"ל דאין צריך קנין אלא דאין אנו צריכין לכל זה דמי הוא אשר תקע אהל הסכמתו לומר שדין מהר"ש הלוי ז"ל כ"ע יודו בו זה לא בא בפירוש בדברי הפוסקים יש פנים לכאן ויש פנים לכאן איכא למימר דכ"ע אי הוה שמיע להו חילוק מהר"ש הלוי ז"ל היו מודים בדבר ועם שהם ז"ל לא נשתמשו בחילוק זה אין זה הכרח דאפשר דלא ירדו לחילוק זה כי הפרטים לא תקיף בהם הידועה והרב מהר"ש הלוי ז"ל שחדשו זה חלקו מהר סיני ומקום הניחו לו ואפשר דירדו לחלק החילוק הזה אלא דלא ניחא להו לחלק כך ומ"מ מידי ספק לא נפקא והלוקח הוא המוחזק ומהודענא להרב נר"ו דאי לאו מטעם דאין בהקדש דינא דב"מ אפי' אם נאמר דהא שחילק מהר"ש הלוי בין מולקי לחזקה במחלוקת היא שנויא הנה מקום אתי לזכות ליורש לוי ולא לקהל דאע"ג דאמרינן דכל דאיכא ספקא בדינא דב"מ הלוקח הוא המוחזק היינו דוקא במכחיש לו שהוא מכרן אבל אם מודה לו שהוא מכרן אלא שאומר מחלת לי המכרנות על הלוקח להביא ראיה שמחל כמ"ש הרא"ח ז"ל בח"ב סימן ג' והכא נמי בנ"ד בהנחה שיש הסכמה בעיר שהוא קודם לכל אדם בקניה כבר מודה שהוא מכרן אלא שאומר לו מחלת לי המכרנות בדבורך שאמרת ז"ל זבון ונפל ספק אי מהני בלא קנין או לא מהני על הלוקח להביא ראיה

עוד אחרת יש שכתב הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן רע"ז דאע"ג דכל ספק שיסתפק בדין בין המכר מוקמינן בידיה דלוקח אם יש הסכמה בחרם מוקמינן ליה בידיה דמכרן ומיהו כתבתי בספר כנה"ג ח"מ סימן ק"ח בהגהת הטור אות ד' ובסימן קע"ה בהגהת הטור אות מ"ח דאם הסכמות החזקות הם בחרם מוקמינן ליה בידיה דלוקח משום דאם כפי ההסכמה אינו זוכה בן המכר נמצא דלגבי דידיה נמי איכא ספק חרם להוציא הקרקע מיד הלוקח וכן מצאתי בתשובה כ"י להרא"ד"ב ז"ל סימן קל"ב נשאל על ההסכמה שהסכימו בכח חרם שכל בעל חזקה שימכור חזקתו שהמוכר קודם אם לא היה המוכר בעיר אם יכול להוציא הקרקע מיד הלוקח והשיב דמלשון ההסכמה נראה שיכול להוציאו ללוקח אבל משום ספק אין לזכותו כיון דבהסכמות החזקות איכא חרם נ"כ אם המוכר הזה אינו נכנס בהסכמה נכנס בספק חרם ע"כ (הגהה וכבר נדפסו תשובות הרב ז"ל והיא נ"כ בסימן קל"ב ע"כ ההגה"ה) ובכ ון שלנו לא מעלה ולא מוריד שבשנת התי"ב פה איזמיר נמנו וגמרו כל העיר עם הרב מר קשישא כמהר"ר יוסף איסקאפה נר"ו להתיר הסכמות החזקות שההומרות שהיו בהם ועשאום תיקונים בלי חרם

עוד כתב הרב נר"ו ועוד דל מהכא כל זה כבר כתבתי בפסקי הראשון שיחיד זה לא נתן לו רשות שהרי לא החליט המאמר לומר ז"ל זבין קולאי שירה ודברים אלו יש לפרשם בפנים רבים כמ"ש ולא ידעתי למה העלים עין הרב נר"ו מדברים אלו כי לא דבר רק הוא בעיני דאין כאן נתינת רשות לעין כל הישר הולך ע"כ ואני אומר דהרב נר"ו ברשת זו טמן נלכד שכל מי שיראה קונטריסו וי' וקונטריסי יר' כי הוא העלים עין במה שכתבתי ועיני פקוחות על כל מה שכתבתי שאני כתבתי כלשון הזה גם מה שהאריך הרב כל לומר דבנ"ד לא שייך אמירתו לגבוה כמסירתו להדיו' הדברי' ברורים שתשובתו סובבת על השאלה שניה שנשאל שכתוב בה שאמר בן המכר לקהל שהיו רוצים לקנותו אם היה יחיד רוצה לקנות לא הייתי מתרצה עכשיו שהקהל רוצה אותו קולאי שירה אבל בשאלה הראשונה כתיב שאמר לקהל מירק' קולאי שירת הא ודאי פשיט' שנסתל' מזכותו כיון שאמ' מירקה שהוא ז"ל זבון האמור בגמ' ע"כ הנה מבואר שלא כתבתי שהוא ז"ל זבון הנאמר בגמ' אלא דוקא בשאלה הראשונה שכתוב בה מירקה קולאי שירה אבל כפי השאלה השנייה שלא אמר מירקה אלא קולאי שירה דברי הרב נר"ו שרירין וקיימים

עתה באתי על מ"ש הרב נר"ו דיסוד בית זה הוא שלקחוה מיד שמעון בחזקה ואיברא ודאי שאם הדברים כן הבית הוא של יורש לוי דהא רמי וכן הבא מכחו אין לו חזקה אמנם צריך לברר מאין ולאין נתברר שהגוי לקחה בחזקה שכפי מה שנראה מדברי הרב נר"ו אין אנו יודעים שהגוי לקחה שלא כדין אלא ממ"ש בשטר והגם שהחכר הגו' וגם בתי המקנה הנ"ל נלקח בעש"ג ונמכר לגוי מ"מ כפי דין תורתינו הקדושה הם מהמוכרים הגז' כו' ויש לנו לומר דכל זה הוא שהמוכר אמר כן לעדים אבל העדים אינן יודעים כלום אלו על כין הם אים ועיקרא דמילתא איתא בפ"ב דכתובות איבעיא להו מהו להעלות משטרות ליוחסין היכי דמי אי לימא דהוה כתוב בה אני פ' כהן עד מאן קא משהיד עילויה לא צריכא דכתיב ביה אני פ' כהן לויתי מפלוני מנה והתמו עדים מאי אמנה דבשטר קא מסהדי או דילמא אכולה מילתא קא מסהדי וכתב הר"ן ז"ל בפירוש ההלכות דהא דמספקא לן דוקא בלישנא דידיה כי האי דאמר אני פ' כהן אבל בלישנא דסהדי ודאי הימני וכי מספקא לן כמי דוקא בכה"ג דצייך למידק דשמא דידיה לפי שהמלוה תלוי בזה אבל אינך מילי דמתניא בשטר בשמא דידיה ודאי לא מסהדי עלייהו אלא דאיהו אמר להו הכי וכן נראה דעת הרשב"א ז"ל אבל הרמב"ן ז"ל כתב דאכי' בלשון עדים נמי מספקא לן ונטמא דמילתא לפי שאיכשר שהשופרים סומכין על שמות בני אדם כפי מה שהם מוחזקי' בעיר וכיון דחזו ליה שהם אוכלים בתרומה וקורין אותו כהן אינהו נמי קרי להו הכי עכ"ל הר"ן וכן נראה מתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' מ"ט מהודפין ט' שכתב על שני יוסף בן שמעון שדרים בעיר אחת ויצא שט"ח על יוסף בן שמעון ואביו של אחד מהם כבר מת בשעת ההלואה וכתוב בשטר אני יוסף בן שמעון כר"ו לויתי מפלוני מנה שכל שהוא כותב כן יש להוש שמא העדים לכתוב כן כדי לפטור את עצמו ולחייב את חבירו שעדיין אביו חי ואפילו עדים חתומים בו לא אמרינן בכי הא אכולה מילתא קא מסהדי כו' ע"כ הנה דס"ל כדעת הרא"ה ז"ל דמשום דכתב לישנא דידיה אמרינן עדים לאו לכולא מילתא קא מסהדי אבל בלישנא דסהדי ודאי אכולא מילתא מסהדי ובספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' מ"ט אות י"ב כתבתי וז"ל אבל התוס' בפרק האשה שנתארמלה בד"ה ודילמ' אכולא

מילתא

מילתא קא משהדי חולקים על זה ושוברים דאפי׳ בליפנא דידיה כיון דאתאי עדים אכולה מילתא קא מסהדי

מכלל שלשה סברות בדבר לדעת התוס׳ ז״ל בין בליפנא דסהדי בין בליפנא דידיה אכולא מילתא קא מסהדי ולדעת הרשב״א והרא״ה בליפנא דסהדי אכול׳ מילתא קא מסהדי ובליפנא דידיה לאו אכולא מילתא קא מסהדי ולדעת הרמב״ן ז״ל שהביא הר״ן ז״ל והרב ז״ל בב״י א״ה סי׳ נ׳ אפילו בליפנא דסהדי מספקא לן ע״כ והוא ט״ס וצריך למחוק כל הלשון הזה ולכתוב במקומו כלשון הזה אבל התוס׳ ז״ל בפ״ב דכתובו׳ ד״ה אמנה שבשטר קא מסהדי חולקים על זה ושוברים דלמ״ד אמנה שבשטר קא מסהדי אפילו בליפנא דסהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי ובדעת הרמב״ם ז״ל שכתב הר״ן ז״ל בפ״ב דכתובות והביאו הרב ז״ל בב״י חלק א״ה סי׳ נ׳ ויש לדקדק על דברי הר״ן ז״ל למה כתב על דברי הרא״ה ז״ל וכן נראה מדברי הרשב״א ז״ל כאלו לא בא הדבר מפורש בדבריו ואנו רואין בתשובה שהביא הרב ז״ל בא״ה סי׳ ת״ט והזכרתיה למעלה שדבריו ברור מללו בדברי הרא״ה ז״ל ואולי הר״ן ז״ל לא ראה תשובת הרשב״א ז״ל וכחדושיו מצא רמז בדבריו כדברי הרא״ה ז״ל אבל אינו מבואר בדבריו א״כ אפילו ראה דברי הרשב״א ז״ל בתשובה איפשר שכתב וכן נראה מדברי הרשב״א ז״ל מפני שמצא להרשב״א ז״ל בתשובה אחרת והיא בדפוס משו׳ אלף קכ״ו הביאה הרב ז״ל בח״מ סי׳ קמ״ז מחודשין א׳ שכתב דקי״ל דעדים לאו אכולה מילתא קא מסהדי אף בליפנא דסהדי עד שמפני זה כתב מהר״ש הלוי ז״ל בחלק ח״מ סי׳ י״ב דתשובה זו אינה מתורת הרשב״א ז״ל אולי נעתורת מהר״ח ז״ל הוא ומפני שהר״ן נסתפק אם שניהם מהרשב״א ז״ל ולא אתברירא לן הי מנייהו עיקר או אחת מהנה אינה מתורת הרשב״א ז״ל לא החליט המאמר שדעת הרשב״א ז״ל כן אלא כתב וכן נר׳ דעת הרשב״א ז״ל ואין דברים אלו טוען לי דמ״ש הרשב״א ז״ל בתשובת הדפוס הם דברים מוכרחים מהתקנה דתקן העורר על השדה והוא חתום עליה עד איבד וכתן אלמא משום דהוא עצמו חתום עליה עד איבד זכותו הא משום חתימת העדים דעלמא לא איבד זכותו ועוד שלשון התשובה מוכיח היות קמח שטחן הרשב״א ז״ל

ולכן נ״ל שדעת הרשב״א ז״ל כדעת הרא״ה ז״ל ומה שאמר בסי׳ אלף קכ״ו אינו ענין לזה דאף הרא״ה מודה דשמעתא הכי ס״ל וכמ״ש הר״ן ז״ל בפרק הנו׳ בשמו וכתבתיו למעלה וז״ל כי פליגי דוקא בהא דצייך למידק בשמא דיליה לפי שהמלוה תלויה בזה אבל איבך מילי דמתני בשטר׳ בשמא דידיה והאי לא משהדי שהדי עלייהו אלא דאיהו אמר להן הכי וכן נראה דעת הרשב״א ז״ל ע״כ ובאיזורן של דברים דאפילו בליפנא דידיה סהדי אכולה מילתא קא מסהדי היינו דוקא בדבר שהמלוה תלויה בזה אבל בדבר שאין המלוה תלויה בזה לכ״ע סהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי ונראה לי שיש ללמוד מכאן דאפילו בליפנא דסהדי כל שאין המלוה תלויה בזה לאו אכולה מילתא קא מסהדי אליבא דכ״ע ובנדון הרשב״א ז״ל אין המלוה תלויה בזה שעיקר השטר אינו אלא לעשות הבעל מכרן להשתו ולזה מה לי שיהיה אותו קרקע הקדש מה לי שלא יהיה וכל שעדות העדים אינו אלא בחיוב הבעל לאשה לא דייקי אם הקרקע הקדש או לא דאין חיוב הכתובה תלוי בזה ולכן בזה כ״ע מודו דעדים לאו אכול׳ מילתא קא מסהדי והיינו מתני׳ דהעורר על השדה והוא חתום עליה בעד דמשמע מינה דחתימות העדים לא מעלה ולא מוריד ושהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי משום דקניי׳ השדה שבאותו שטר אינו תלוי אם אותו המכ׳ הוא של פ׳ או של

אחר ושוב בא לידי תשובת הרא״ר ז״ל כ״י ומצאתיו כן בסי׳ קל״ה ולכן תבנא לדיננא שהר״ן ז״ל לא ראה תשובת הרשב״א ז״ל שהביא הרב ז״ל בסי׳ ת״ט ושכתיבנא

א״כ אפילו נימא דראה תשובת הרשב״א ז״ל כתב וכן נר׳ מדברי הרשב״א ז״ל משום דקאי אכולה מילת׳ דהרא״ה ז״ל ולפי שבתשובת הרשב״א ז״ל אינו מפורש דלמאן דס״ל דאפילו בליפנא דידיה אכולה מילתא קא מסהדי׳ כשהמלוה אינה תלויה בזה לאו אכולה מילתא קא מסהדי דנא כתב הרשב״א ז״ל כן אלא בליפנא דסהדי אבל לא בליפנא דידיה דבליפנא דידיה איפשר שאפילו בדבר שאינו תלוי בו המלוה אכולה מילתא קא מסהדי כתב וכן נראה מדברי הרשב״א ז״ל

ועוד איפשר לתרץ דלא כתב הרשב״א ז״ל דעדים לאו אכולה מילתא קא מסהדי אלא דוקא בכל״ד שמה שטעה שלא הבינה בכך טענה יפה היא דהכן סהדי דאין כלה מרגשת במ״ש בכתובתה ולכן חתמו העדים על עיקר המכירה ולא הקפידו על מ״ש בכתובה מנר הקדש כלומ׳ דלא נפיק מיניה חורבה כיון דהיא כאמנת לומר שלא שמעה אבל בדבר שאינה נאמנת לומר שלא שמעה ודאי אכולה מילתא קא מסהדי ובהכי ניחא דלא הזכיר הרשב״א ז״ל בתש׳ זו סוגיא דפ״ב דכתובות כלל ועיקר אלא הביא ראיה מההוא דתנן העור׳ על השדה והוא חתום עליה בעד שהוא דומה בדומ׳ בנ״ון שלו שכל שהעורר אינו חתום עליה בעד איכא למימר ודאי סהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי כיון דהעורר יכול לטעון שלא עשאה סי׳ לאחר ולפי זה אם העדים מעידים שהעורר ידע בסי׳ שעשאה איבד זכותו (הנ״ה אחר זמן רב נדפסו תשובות הרב מהר״ס די בוטון ז״ל וראיתי בסי׳ ת״ט בפסק הרב מהר״ש ן׳ וילסיד ז״ל הבי׳ בפשוט ה״ב והיא דעת הרא״ב ז״ל בסי׳ הנו׳ דאפילו בליפנא דסהדי כל שאין המלוה תלויה בזה לאו אכולה מילתא קא מסהדי והסכים לזה תשו׳ ר״י בן הרא״ש ז״ל שהביא הרב ב״י ז״ל בסי׳ הע״ה סוף ס״ז ועל פי פירוש זה הוקשה לו על דברי מהריב״ל ז״ל ח״א סי׳ ע״ח וכ״ה גם מהר״ס די בוטון ז״ל שם כתב דלפי דעת הרשב״א ז״ל בתשובה סי׳ אלף קכ״ו אפילו בליפנא דסהדי דוקא כל שהמלוה תלויה בזה אבל מהריב״ל ז״ל הבין כדברי הרא״ה ז״ל דלא חילק בין דבר שמלוה תלויה בה אלא דוקא בליפנא דידיה אבל בליפנא דסהדי אפילו בדבר שאין המלוה תלויה בה סהדי אכולה מילתא קא מסהדי וע״פ זה כתב מה שכתב בסי׳ הנו׳ ובסוף דבריו כתב שאולי מהריב״ל מחלק בין יוחסין לממונות כדברי הרשד״ם חלק ח״מ סי׳ רס״נ ובכולהו גוונא בד״מ אכול׳ מילתא קא מסהדי הוא הדבר שכתבתי שמדברי מהריב״ל ז״ל נראה כדברי הרשד״ם ז״ל)

ולענין הלכה הרדב״ז ז״ל בח״א סי׳ רס״ח ומהריב״ל ח״א סי׳ כ״ה והרב בעל המפה ז״ל סתמו כהרא״ה ז״ל וכן נראה מסתמיות דברי מהריב״ל ז״ל חלק הנו׳ סי׳ ע״ח והרשד״ם חלק ח״מ סי׳ רס״נ ומהר״ש הלוי ז״ל חלק ח״מ סי׳ י״ב והרשד״ם ז״ל בסי׳ הנו׳ כתב דאפילו למ״ד דבליפנא דסהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי היינו דוקא ליוחסין אבל בד״מ שטר שכתוב בלשון עדים אכולה מילתא קא מסהדי וכן מצאתי בתשובה כ״י לאחד קדוש מדבר ואיפשר ליחס זה בדעת מהריב״ל ז״ל ומהר״ש הלוי ז״ל בסי׳ הנו׳ כתב בגוונא אחרינא דאפילו הרמב״ן ז״ל לא פליג אלא בענין שמות הטעם דאיפשר דהסוברים סומכים על שמות בני אדם המוחזקים בעיר אבל בענינים האחרים הכתובים בשטר ודאי דלא חתמו העדים אא״כ ידעו בבירור ע״כ ואיפשר שגם לזה כיון מהריב״ל ז״ל בסי׳ הנו׳ ולפי זה בנדון שלפנינו שהוא ד״מ ואינו בדין השמות והוא בליפנא

דשהדי

דסהדי לכ״ע אכולה מילתא קא מסהדי דודאי השכר נמכר באונס אבל ראיתי להרב מהר״ר בצלאל סי׳ י״ד שנשאל על שטר שהיה כתוב בו שהבתים ההם נמכרו להקדש בני ישראל לשכן שם עניהם שאין להביא ראיה משטר זה לו׳ שהבית הוא משל הקדש עניים ולא משל ת״ת שהם מדברים הבאים באגב גררא וזיים כלשון הזה וה״מ שמעינן דבעדות שכתוב בשטר אגב גררא אין מוציאין בו ממון מרשות אחרים והרא״ב בתשובה כ״י סי׳ קל״ה נשאל על שטר שכתוב בו מכרו ראובן ושמעון חזקה אחת שיש לבה לזבולון שאין למדין משטר זה לומר שהחזקה היה מראובן ושמעון משום דעדים אכולה מילתא קא מסהדי דכיון דאין המכירה תלויה בזה נאמר דמאי דקאמרי שיש להם ר״ל כפי הדברי׳ שהם אומרים שיש להם אף בנדון שלפנינו כיון שאין המכר תלוי בזו דבין נלקח בעש״ב בין לא נלקח מכר שמעון למוריש לוי כאמר דאע״ג דכתיב בליסנא דסהדי לאו אכולה מילתא קא מסהדי ואיפשר דמ״ש והנס שהשכר כו׳ נלקח בעש״ג לא שהם יודעים זה אלא שכך אמר להם המוכר ומלבד זה ראיתי להרדב״ז ולמהר״ר בצלאל ז״ל בסי׳ הנז׳ כתבו בשם הריטב״א ז״ל דאע״ג דליוחסין כל היכא דכתוב בליסנא דסהדי אכולה מילתא קא מסהדי ומעלין ממנו ליוחסין בדיני ממונות אף ע״ג דכתוב בליסנא דסהדי ומדינא אכולה מילתא קא מסהדי מ״מ אתינן עלה מטעם מסיהם ולא מפי כתבם ואין למדין ממנו דלענין ממונא עדות בב״ד בעינן או שטר גמור אבל עדות זו שכתבו בשטר אגב גררא אינו נדון כשטר לענין זה ואין מוציאין בו ממון מרשות אחרים ע״כ ובכ״ד נמי כיון דאין הדבר ידוע אלא מפי עדות העדים בשטר אגב גררא שבאונס היה מפי כתבם הוא ואין מוציאין ממון מרשות אחרים ע״פי עדות זה

אלא שאין זה מעלה ומוריד לכ״ד דכיון דאיכא מרבוותא דסברי דכל דבליסנא דסהדי אפילו שאין המלוה תלויה בזה שהדי אכולה מילתא קא מסהדי וכיון דאיכא פלוגתא אוקי ארעא בחזקת מריה קמא דהיינו שמעון ויורש לוי בא מכחו ובר מן דין ראיתי לסמ״ע בסימן קמ״ט אות י״ט דקדק מדברי הרב ז״ל בספר הקצר דאפי׳ אין ידוע על כי עדים לכל שהקרקע הוא ידוע לישראל כיון שמברר עכשיו לפני הב״ד שהוא שלו מוציאו מיד ישראל המחזיק שלקחו מגוי משום דסתם כותי גזלן הוא וכל היכא שמוכח את שלו מוציאו ממנו ע״כ והכא נמי אע״פי שאין ידוע שהכותי אנסו כיון שידוע שקרקע זה היה משמעון כמ״ש בשטר שבידו ועכשיו מוכח אותה ביד גוי סתם גוי גזלן הוא ומוציאה ממנו או מיד ישראל המחזיק שבא מכח הגוי ׳ ומיהו יש לפקפק ממ״ש הרמב״ס ז״ל בפ״י מהג״ז והביאו הרב בעל הטורים ז״ל לקח האר״ני מהבעלים קרקע בחובו ומכרו לאחר אין הבעלים יכולין להוציא מיד הלוקח בד״א שהודו הבעלים שאמת טען הארמי המוכר או שידעו עידי ישראל שאמת טען הארמי המוכר כן הוא לשון הר״ב הטורי׳ ז״ל בקיצור אך לשון הרמב״ס ז״ל כך הוא כותי בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת שהיה לו חוב על בעל השדה או מחמת שיש לו נזק ביד זה הישראל או מחמת שהפסיד ממונו ואחר שתקף לו השדה מכרו לישראל אחר אין הבעלים יכולין להוציא מיד הלוקח בד״א כשהודו הבעלי׳ שאמת טען הכותי וכן אם היה שם מלך או שר באותו מקום שיכול לכוף את הכותי שמכר לדין ולא תבעו הבעלים את הכותי אינם יכולין להוציא מיד הלוקח מן הכותי אע״פי שאינם מודים לכותי ואע״פי שאין שם עדים שאמת טען הכותי שהרי אומר הלוקח לבעלים אם גזלן הוא הכותי למה לא תבעתם אותו בדיניהם ע״כ וכן כתב הסמ״ג בעשין ע״ג

והשתא בנדון דידן אין מוציאין הקרקע מיד הלוקח ממ״נ דאם אמת טען הגוי שחייב לו ולקחה בחובו אין מוציאין אותה מיד הלוקח והיינו מ״ש הרמב״ס ז״ל בד״א בשהודו שאמת טען הכותי כו׳ ואם הכותי טוען שקר אפילו הכי אין מוציאין מיד הלוקח דכיון דאיכא בי דואר ולא אזיל וקביל אימור אהולי אחיל וכמו שפסקו הרמב״ס והסמ״ג ז״ל ומהר״א אביוב ז״ל בתשובה הובאה קצת ממנה במהרש״ך ז״ל ח״ג סי׳ ד׳ כתב דרש״י ז״ל אינו חולק על הרמב״ס ז״ל ומודה רש״י להרמב״ס ז״ל דאם יש עדים או שהודו הבעלים שאמת טען הכותי אין מוציאין מיד הלוקח (הגה״ה וכ״כ מהר״ס די בוטון ז״ל בתשובותיו סי׳ מ״ד ע״ש ע״כ ההגה״ה) ויראה דאפילו למהרש״ך ז״ל בסי׳ הנז׳ שנל המכרבי׳ רולקי׳ עם הרמב״ס ז״ל לענין דינא היינו בחלוקה שאם הודו הבעלים או יש עדים שאמת טען הכותי שאפילו יש עדים או שהודו הבעלים שאמת טען הכותי לא קנה הלוקח אבל בחלוקה דאם יש שופטים בארץ כולהו הודו דאחר שהתה י״ב חדש ביד הכותי ולא קביל עליה אחולי אחיל

ואף דהרי״בש ז״ל בסי׳ ר״ץ והרי״טבא והר״ן שהביאו הרב נר״ו סוברים דכל שאנס הגוי ולא נתנו לו בלל הבעלים ולא הקנו לו דאפי׳ עמד כמה שנים ואיכא בי דואר ולא אזיל לא קנה הגזלן והלוקח ממנו צריך להחזי׳ לו בלא כלום מ״מ כיון דלהרמ״בם ז״ל והסמ״ג דכל שהודו הבעלים או יש עדים שהכותי טוען אמת אע״גב דליכא בי דואר או אע״גב דלא הודו הבעלים וליכא עדים שאמת טוען הגוי ואיכא בי דואר ולא קביל אחוליה אחיל וקנה הלוקח מידי פלוגתא לא נפיק וכיון דאיכא פלוגתא הלוקח הוא מוחזק כמו שהסכימו מהרש״דם ומהר״א אביוב ומהרש״ך והרא״ב ז״ל מההיא דאיתא בירושלמי שהביא במישרים כתיב ל״א ה״ה והובא בב״י סי׳ רל״ו והובא ג״כ פרק הניזקין בעלים אמרו בידינו היה והלקוחות אמרו לא היה בידם ליקח המ״עה וז״ל מהר״א אביוב ז״ל בתשובה הנז׳ אבל קושטא דמילתא שמעון הקונה המוחזק וכך קבלתי ממורי הרב ז״ל דכל שהמוכר שהחזיקו מדעתו את הלוקח מעתה אם אירע ספק הלוקח הוא מוחזק ומהרש״ך ז״ל בסי׳ הנז׳ אע״פי שחלק עם מהר״א אביוב ז״ל בדין וכתב שלא זכה הלוקח לא חלק עליו מטעם זה אלא מטעם אחר יע״ש גם הרא״ב ז״ל בסי׳ הנז׳ אע״פי שדחה ראיות הרש״דכ ונראה שם מדבריו שהוא חולק עליו מ״מ הסכי׳ כדברי מהר״א אביוב ז״ל דהקונה הוא המוחזק (הגה״ה גם מהר״ס די בוטון ז״ל בתשובותיו סי׳ מ״ד כתב דהלוקח הוא המוחזק מן הירושלמי ע״כ ההג״הה) והוי יודע שבנוסח הירושלמי הזה יש נוסחאות חלוקות הר״ן ז״ל בפרק הניזקין הביא הגירסא בעלים אומרים בידינו היה ולקוחות אומרים לא היה בידכם ליקח אמר ר״י לעולם השדה ביד הלקוחות שהמ״עה ובספר המשרים אין כתוב השדה ביד הלקוחות אלא המע״ה ומתפרש שהשדה בחזקת בעלים גם מורי הרב ז״ל בח״א סי׳ כ״ט כתב שמלא גי׳ הירושלמי של דפוס השדה בחזקת הבעלים ולפי זה חזרנו למקום השפק דכיון דאיכא פלוגתא מי הוא המוחזק בעלים הראשונים או הלוקח תיקום השדה ביד מאן דקאי השתא וכמ״ש הרא״ב ז״ל בסי׳ הנז׳ ומיהו למהרש״ך ולמהר״ח שכתבו דכל היכא דבהא פליגי דאין לו׳ קי״ל דאזלינן בתר רובא הכא רובא דרבוותא סוברים דלא קנה הלוקח וצ״ע •

ולמאי דנתקשה מהרש״ך ז״ל בדברי הרי״בש והביאו הרב נר״ו נראה לע״ד דמעולם לא הסכימו הרמ״ה והריב״ש לדברי רש״י ז״ל ומ״ש בתחלה צריך להחזיר לבעלים בלא כלום היא סברת מוסכמת לכ״ע דבין לרש״י בין לר״ב ז״ל

ז״ל לא דמי לדין סקריקון דאם תוך י״ב חדש נותן דמין לבעלים ואם אחר י״ב חדש לוקח רביע אלא אין צריך להחזיר לבעלים כלום מזה הרביע אם אינו רוצה בקרקע או לפרוע לבעלים אם ירצה בקרקע אלא שרבינו גרשון הוסיף דאף דאינו צריך לתת לבעלים כלום מ״מ שמין כמה הוא רוצה ליתן לארמי כו׳ שנוטל מה שהשביחו וע״פי זה כתב הרי״בש דנותן לו מה שהשביחו וא״כ ש״ל כדעת רש״י מה שהשבים לבסוף אינו לא כדעת רש״י ולא כדעת ר״ג ז״ל אלא סברא ממוצעת וה״ש כפי סברת ר״ג ז״ל כלומר כפי סברת ר״ג שנותן לו מה שהשביחו נותן לו יציאותיו וכ״ש דאם אין הבע״ה צריך להוציא הוצאות לא יתן כלום •

היוצא מן המחובר שאם מחלוקתו של יורש לוי עם הקהל הוא בעד המולקי שטוען שהנוי אצתו מידו ונטלו ממנו או ממי שהוא בא מכחו בזרוע בזה יש לדון שם כניס לכאן ולכאן ומ״מ דעתי הקצרה נוטה היכא דקאי ארעא עכשיו תיקום כמסקנת הרא״ב ז״ל ולדברי הרב נר״ו שהדין עם יורשי לוי אפי׳ קנו מידו לא מהני וכמ״ש אמנם מן השאלות המוצגות לפני הרב נר״ו נראה שאין מחלוקתו אלא על החזקה לבד וגם תשובת הרב נר״ו על זה באה בהא ודאי בלי ספק הדין עם הקהל אם לא שיש הסכמה בעיר שהטילו כח השוכר מן המלרן ואף הרב נר״ו מודה בזה כמו שמבואר בפסקו האחרון שהתנכל שלא קראו מריה דאתרא אלא מפני שטוען שהמולקי שלו הנלע״ד כתבתי הלעיר חיים במהר״ר ישראל בנבנשת זלה״ה •

סימן קכ״ה

אראה אור כי יהל בארץ החיים וירח יקר הולך בכוחו. ורוח׳ה עליו נחה הן יתן בקולו קול עוז מבטחה להריק שפעת יפעת חכמה ודעת אף ידו יסדה וימינו טפחה צדק ומשפט ומישרים תורת חכם מקור חיים דרך גבולו יעלה במסילה העולה דוך הקדש יקרא לה להעתיד דגל התורת על תלה להתהלך לפני ה׳ באור החיים ה״ה הרב המובהק כמהר״ר חיים נר״ו

שר התורה אחרי הודיע ה׳ אותנו כי הסכימה דעתו לדעתנו (הגה״ה לא זו הדרך שלשון זה להבהיל השומעים שידעתי הסכימה עם מעכ״ת וליתא אלא דעת מעכ״ת הסכימה לדעתנו ואני לא הסכמתי עמו אפי׳ על תביעת המולקי ע״כ ההגה״ה) מעתה מה יש לי לדבר ולהאריך לבון אמנם פן יחשבני שומע כי נגרע מעבודתי דבר וגם אשנה להיות יערב עלי שיחו לאשתעויי בהדיה דמר אתינא ויהי מה ארוצה עד איש האלקי״ם ואטען ואומר שהשאלה המוצגת לפני בראשונה כל עיקר שאלת השואל היא בא מחמת טענה שהמולקי שלו ואני או לא ידעתי הדברים על בורייס והשיבותי על טעם חזקה וגם על טענת המולקי בדרך קצרה ובכחי אז כחי עתה שהתשובה הנוגה היא בעיני בנ״ד ודברי מהר״ש הלוי ז״ל לא עמד טעמו בו מתחילה מכבודו ולא ידעתי כי עם הקהל היתה תביעתו ולכן לא כתבתי טעם ההקדש ובשחור השואל ושאל לי על המולקי ושלא לי שטרות המכירה וביאר אלי הדברים כתבתי דמטעם ההקדש היו יכולים הקהל לבטל הזרכותו ועשיתי עיקר מטעם המולקי ולזאת קראתי נוטע ביתו ונחלתו א״כ איפה מאי הורי מילי איכא הכא שכתב מעכ״ת הדר ביה מר ממ״ש בפסקו הא׳ •

גם מה שהאריך מעכ״ת על ענין הקנין להיות דרכי בוחר דרך קצרה ישאלוני משפטי צדק אני כותב טעם פשוט להשתיק לכל שואל ומגמגם ועל האמת בענין זה בהלכות מתנה ומחילה יש לי יותר משערה עלין כתבתי לבאר באיזה מקום יועיל הקנין ואם הקנין לטפויי אהא ובתשובת שאלה אין לי חפץ בהם

גם מההיא דתוס׳ דפרק נערה שנתפתתה כתבתי דרך קצרה להעיר אזן שומעת כי אין התוס׳ חולקים על דבר מוסכם מהתלמוד ולא באתי עתה לבלבל בדבריהם ורמותי דבשעת כתובות רמותי כל המכרשים וגם דברי הרב מהר״א ששון ז״ל רמותים שם ולא נעלם ממני ת״ל ובבאר הפרטים שבאו בכתב מע״כת מה אשיב על תוכחתי קמה אלומתי וגם נלבה אחרי ראותי כי מע״כת לא הזכיר אז טעם המולקי ובין כך ובין כך מיני ובינך יתקלס עילאה

עוד אחת חלו׳תי היא שאחר שמע״כת התחיל במלוה להתשגן בדין זה ויורע באמת להיכן הדין נוטה ליישב בעבא להציל עשוק מיד עשקו וידבר על לב ראשי ע״ה עיני הקה׳ בטובה ונחת ישבו הטוב והישר להשיב את יורש לוי ביתו ונחלתו ואל ילכו בעקיפין כי לא לכבוד יחשב להם (הג״הה אחרי המדבר על אזן שומעת אם אני זיכיתי לקהל מטעם המלרנות בגופי בלי ערעור ומטעם המולקי בגעותי יד סברתי עם הרא״ב ז״ל איך אשנה בכבשי שקר לחייב לקהל בשום דבר ע״כ ההג״הה) ואתה הכם כמלא׳ האלקי״ם לתת כל ואשר בארץ ולגדור פרץ כי ממנו תוצאות חיים סר למשמעתו נאמן בברית אהבתו אהרן לפכא

סימן קכ״ו

לנבון ומעולה הגביר מר אמי כמה״ר דוד הכהן נר״ו קושט׳ הש״לב

שאלה ראובן היה פקיד ונזבר ההקדש של מדרש אחד שהיו לומדים בבקר ובערב והיו לו מעות הקדש שהיה נותנם לערלים או לישראלים בהתר ומן הריוח עם הנביות שהיה גובה היה מספיק הספקה ללומדי׳ שם וההוצאות המצטרכות למדרש ההוא כתן קצת מעות לערל א׳ בלי משכון והערל נשבר אין רואה ונאבדו המעות אשר ניתנו לו ברווח הקרן והרבית ובשביל סבה זו נמלך ראובן לקנות קרקע אחד מהמעות שנשארו בידו אף כי ההכנסה היא מועטת הם מובטחות ולא שבכל יום ויום היו נאבדין מהמעות שהיו נשברים או מתים והיה לשמעון הוג׳ארה אחת ובעה דחוקה לו ורצה למכרה לו ומכרה לראובן גזבר ההקדש בעבור ההקדש כשמוע לוי שהיה שוכר ההוג׳ארה ההיא שקנה ראובן ההוג׳ארה ערער עליה שהוא קודם להיותו שוכר בה יורינו מורינו אם זוכה לוי בטענתו ושכמ״ה •

תשובה הרי״בש ז״ל בסי׳ תק״ו כתב דבהקדש עניים לית ביה דינא דבר מצרא ונתן בה שני טעמים האחד דדין הקדש עניים כדין יתומים וליתא׳ לית בהו דינא דבר מצרא משום דלאו בני ועשית הטוב והישר נינהו בהקדש נמי הכי דללוקח הוא דאזהר רחמנא דההיא טעמא כמי אמרינן ובינלגוי ליתיבה דינא דבר מצרא ועוד נתן טעם אחר כתב שם משום דהקדש הרי הוא כמתנה ואמרינן בגמ׳ דמתנה לית בה דינא דבר מצרא ואע״ג דאמרינן התם דאי אית ביה אחריות אית בה משום דינא דבר מצרא וכהון זה הרי יש בהקדש זה אחריות לא דמי דהתם היינו טעמא משום דאיכא למיחש להערמה ושמא מכירה גמורה היא אבל בהקדש זה של עניים שהוא מפורסם שאין כאן הערמה אלא ליפות כח ההקדש נעשה האחריות וא״ן כאן לוקח שיעורים מבואר הוא שאין דינא דבר מצרא ע״כ וברור הוא דטעם זה שכתב משום דהקדש הרי הוא כמתנה •

כמתנה לא שייך אלא בנדון שלו דהמעשה שהיה שנתן להקדש קצת בתים בשטר מתנה אבל בנדון שלפנינו שההקדש קנה בדמים מכר הוא ואין לפטרו מדינא דבר מצרא אלא משום דהקדש לאו בכי ועשית הטוב והישר כמו יתומים וכן מוכח מדברי הריב"ש ז"ל שכתב וגם יש טעם אחר בנדון זה דמשמע דדוקא בנדון שלו שהיה מתנה שייך טעם זה אבל הקדש שקנה בדמים דין מכר יש לו ויש לדקדק קצת בדברי הריב"ש ז"ל שכתב וגם יש טעם אחר בנד"ז משום דהקדש הרי הוא כמתנה ומשמע דכל הקדש הוא כמתנה דאי דוקא בנ"ד הי"ל לומר וגם יש טעם לומר בנדון זה דמתנה היתה ואולי הכי קאמר משום דהקדש זה הרי הוא כמתנה אע"פי שכתב בו אחריות משום דסתם הקדש שלא קנה ההקדש בדמי' אלא שהקדישו המקדיש מתנה הוא א"נ משום דהיה מקום לן' דההקדש אפי' שלא קנה בדמים כמכר הוא משום דמקדישו לכפרת נפשו והזכות והשכר הוא חלף עבודתו קאמר דהקדש הרי הוא כמתנה ומיהו דוקא בשלא קבל דמים מן ההקדש דאם קבל דמים מן ההקדש מכר הוא וכבר היה מקום לומר דכונת הרי"בש ז"ל לומר דכל הקדש אפי' קנה בדמים דין מתנה יש לו ומה שכתב וגם יש טעם אחר בנדון זה אינו ר"ל בנדון זה ולא בנדון אחר של הקדש אלא בנדון זה שהוא של הקדש קאמר אלא שלא נהלם לי מה טעם הקדש שקנה בדמי' שיהא דינו כמתנ' לא מסתב'לי כלל ואיך שיהיה נ"מ בין הני תרי טעמי כשההקדש הוא מתנה לכשההקדש הוא מכר דאע"גב דבשניהם לית דינא דבר מצרא נ"מ לדין אחי ושותפי דל"מד דאע"גב דלאשה וליתמי לית בה דינא דבר מצרא דוקא דינא דבר מצרא אבל דינא דאחי ושותפי אית להו ה"ה בהקדש עניים דאע"גב דדינא דבר מצרא לית ליה דין אחי ושותפי אית ליה דיתומים והקדש כי הדדי נינהו אבל כשההקדש לא קנה בדמים אלא שהקדיש ראובן קרקע פ' כיון דהקדש דין מתנה נינהו לית ביה לא דין בן המצר ולא דין אחי ושותפי דאעיקרא דדינא לא חלה עליו תקנת חכמים משום דינא דבר מצרא והא ודאי מתנה אע"פי שאינה להקדש לית בה לא דינא דבר מצרא ולא דינא דאחי ושותפי סוף דבר בנ"ד אע"גב דההקדש קנה בדמים לית בהו דינא דבר מצרא •

ומיהו יש מן הספק בנ"ין שלנו דנהי דמצד הדין לית בהקדש דינא דבר מצרא מ"מ מצד ההסכמה שהסכימו מתקני ההסכמות שכל איש שימכור חזקתו או בית מקנתו השוכר הדר בו מכחו יהיה קודם בו בקניה לכל איש ישראל מצרן זולתו באותו סך שנתנו לו אחרים בלי קנוניא כו' כפתוב בהסכמות פרק י"א ושמא תאמר מה מקום לספק זה דבעלי ההסכמה באו לתת לשוכר דין מצרן דמצד הדין שכירות לית בו דינא דבר מצרא וא' מן הפירושים הוא שאינו יכול לומר השוכר אני קודם לכל אדם ומכח ההסכמה הסכימו שיהא לשוכר דין מצרן שאם ירצה לקנותו הוא קודם לכל אדם והיינו דוקא במקום דאית ביה דינא דבר מצרא שבן המצר מוציאה מיד הלוקח שוכר נמי מוציאה מיד כל אדם הקונה אותה אבל כל דלית ביה דינא דבר מצרא ואין בן המצר מוציאה מיד הלוקח אף השוכר אינה מוציאה מיד הלוקח והכא גבי הקדש כיון דאין בן המצר מוציאה מיד הלוקח אף השוכר אינו מוציאה מיד הלוקח הא ליתא דאם בהסכמה היה כתוב שנתנו לשוכר דין מצרן היינו אומרים השוו לשוכר עם המצרן ובכל מקום שהמצרן מוציא השוכר מוציא ובכל מקום שאין המצרן מוציא אין השוכר מוציא ושוכר ומצרן ה"ל כשני מצרנין דמי שקדם זכה אבל בהסכמה העדיפו כח השוכר מכח המצרן שכתבו השוכר הדר בתוכו יהיה קודם בו בקנייה לכל איש ישראל מצרן הרי שהעדיפו כח השוכר מהמצרן וכיון שהעדיפו כח השוכר מהמצרן אפי' במקום שהמצרן אינו מוציא השוכר מוציא ודון מינה דאף שהמצרן אינו מוציא מיד ההקדש מפני שאין להקדש דינא דבר מצר' השוכר קודם ומוציא מיד ההקדש ומצאנו ראינו להראנ"ח ז"ל ח"א סי' פ"א וק"ו נסתפק במקום שהסכימו שיהיה לשוכר דינא דבר מצרא אם כונתם להעדיף כח השוכר מכח הלוקח ולהוציאה מידו אפי' במקום שאין בן המצר מוציאה מידו או דילמא אין כונתם אלא שיהא כח השוכר ככח המצרן ואם בן המצר מוציאה מיד הלוקח גם השוכר מוציאה מיד הלוקח ואם אין בן המצר מוציאה מיד הלוקח גם השוכר אינה מוציאה מיד הלוקח והעלה דהכל לפי ההסכמה ואם יש חרם בהסכמ' הולכין בספקו להחמי' לענין שהלוק' יחוש לעצמו ולא לענין להוציא וא"כ בהסכמות שלנו פה קושט' כי יש בחרם אע"פי שהמצרן אינו מוציא מיד ההקדש השוכר מוציאה מכח ההסכמ' והחרם •

איברא דממה שכתב בסי' פ"א אין להוכיח משם דבנדון שלנו השוכר מוציא מיד ההקדש דשם בסי' פ"א לא דן הרב ז"ל דספקו להחמיר אלא מפני שלשון ההסכמה נותן יד להסתפק בזה שלשון ההסכמה שבסי' הנז' שכל בעל חזקה שימכור חזקתו לשום יהודי שלא יהיה המכר קיים כל זמן שירצה אותה השוכר היושב בה כו' ומתוך לשון זה דן הרב דאולם כונתם להעדיף לשוכר כחו יותר מן המצרן להוציא מיד מי שאינו מוציא המצרן מה שאין כן בנ"ד שאין נוסח ההסכמה כאותו הנוסח שכתב בסי' פ"א אבל מת"ש בסי' ק"ו והיא הסכמתינו יש ללמוד דמכח ההסכמה והחרם יש לשוכר להוציא החנות מיד ראובן גזבר ההקדש ואני אומר מאן יהיב לן מעפרא דמרן ז"ל ותליין לעיינין דההסכמה קוראה בגרון דלא העדיפו כח השוכר מן המצרן אלא לענין קדימה בבאים שניהם לקנות אבל אם קנה המצרן אין השוכר מוציאה מידו שכן כתבו בפירוש השוכר הדר בו מכחו יהיה קודם בו בקנייה לכל איש ישראל מצרן כו' הרי שלא העדיפו כחו אלא לענין קדימה לא להוציא מיד המצרן וכן יש לדקדק ג"כ מלשון שכתוב שם שכל איש ישראל שרוצה למכור חזקתו ולא כתבו כל איש שמכר חזקתו אלא שרוצה למכור חזקתו ועדיין לא מכר וכ"ת אף אם באנו לדקדק שלא העדיפו כח השוכר מן המצרן אלא לענין קדימה לא לענין להוציא אם קנאה היינו דוקא אם קנאה המצרן אבל אם קנאה אחר השוכר מוציאה מידו שלא נתנו דין קדימה זו אלא לשוכר עם מצרן ליתא דכיון דמכח הדין שוכר אין לו דין בר מצרן דהכי ס"ל למתקני ההסכמות הו כיון שהוא ספק רכו שלא יהיה מחלוקת מקודם ההסכמה לא העדיפו כח השוכר מן המצרן אלא לענין קדימה לבד דלענין קדימה השוכר קודם אפי' למצרן אבל כל שקדם וקנה אפי' אחר אין השוכר מוציאו מידו אף שהמצרן מוציאה מידו דאל"תה אלא שאף אם קדם וקנה אחר השוכר מוציאה מידו אע"פי שאין מוציא מיד המצרן הי"ל לומר כלשון הזה השוכר הדר מכחו יהיה קודם אפי' למצרן ואם כבר קנה לוקח אפי' אחר אינה מוציאה מידו אלא ודאי דכונתם לומר דכיון דמן הדין אין לשוכר דין מצרן לא ראו להעדיף כחו לעשותו מצרן ולהעדיפו ממצרן אלא דוקא לענין קדימה אבל להוציא מיד הקונה הרי הוא כשאר כל אדם דגריע ממצרן וכבר ראיתי לרב ז"ל שנכנס בחקירה זו וכתב אף כשת"ל כן הרי העדיפו כח השוכר מכח המצרן ואם כן אפי' אם היתה אשה קונה אין לנו לדון בו דין אשה ויתמי דדילמא לא

אמרו

אמרו שלא דלאשה לית לה דינא דבר מצרא אבל אכתי איכא דדינא דשכירות דעדיפא אית לה ובמ״ש הפוסקים דוקא דינא דבר מצרא אבל דינא דשותפי אית לה כמ״ש א״כ שראובן מוציא מיד הקונה ע״כ •

ואני שמעתי ולא אבין דאם בהגהה מוכחת דלא נתנו לשוכר דין בר מצר׳ ואפי׳ להעדיפו מבר מצר׳ אלא דוקא לענין קדימה לא אם קדם הלוקח וקנה למה אם היתה הקונה אשה השוכר מוציאה מידה מטעם דאע״ג דלאשה ויתמי לית דינא דבר מצרא דינא דשכירות אית לה ומה בכך לא אמרו דהשוכר קודם אלא לענין קדימה ובזה קודם אפי׳ לאשה וליתמי דאע״ג דלית בהו דינא דבר מצרא דינא דשכירות אית לה אבל אם כבר קנה לוקח אין לשוכר דין בר מצר׳ כלל אפי׳ לגבי אחר כ״ש לגבי אשה דהוי כמו מצרן שקנה ולא יהא אלא אחר שקנ׳ אין מוציא השוכר מידו כ״ש מיד אשה הקונ׳ ואפי׳ כימא דס״ל לרב ז״ל דנהי דלא העדיפו כח השוכר ממצרן אלא דוקא לענין קדימ׳ אבל אם כבר קנה מצרן אין השוכר מוציא׳ מידה אבל אם קנה אחר דלאו מצרן השוכר מוציאו מידה למה כתב דאפי׳ קנה אשה השוכר מוציאה מידה דילמא לא העדיפו כח השוכר אפי׳ אם קנה לוקח אלא דוקא בלוקח שמצרן מוציא ממנו אבל בלוקח שאין מצרן מוציא ממנו אף השוכר אינו מוציא ממנו כיון דכבר קדם וקנה כ״ש שאם באנו לפרש דלא העדיפו כח השוכר מן המצרן אלא לענין קדימה א״א לפרש דלגבי אחר שאינו מצרן העדיפו כח השוכר להוציאה מיד האחר שקנה כמ״ש למעלה

תו קשיא לכאורה בדברי הרב ז״ל למה הסכים ז״ל דהשוכר מוציא מיד האשה הקונה מטעם דאע״ג דאמרו דלאשה לית דינא דבר מצרא דינא דשכירות אית לה כמו שאמרו הפוסקי׳ דאע״ג דדינא דבר מצרא לית לה דינא דאחי ושותפי אית לה והלא אין זה מוסכם שהריב״ש בסי׳ תפ״ג כת׳ כי היכי דלית דינא דבר מצרא ליתמי לית להו דינא דשותפי וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא הלוקח הוא המוחזק כמו שהוסכם מהכל וזלת מהרמ״ה והכא האשה היא הלוקחת ויכולה לומר קים לי כהריב״ש ז״ל ושמא הייתי לומר דהרב ז״ל סובר דאין לומר קים לי כהריב״ש ז״ל כיון שהוא יחיד בדבר וכמו שנסתפק למהר״א ששון ז״ל בסי׳ קכ״ו ואם למהר״א ששון ז״ל נסתפק להרא״נ״ח ז״ל פשיטא ליה דאין לומר קים לי כהריב״ש ז״ל (הגה״ה או דס״ל ז״ל דגם הריב״ש ז״ל מודה למהר״ם ז״ל שאפי׳ שותף אינו מוציא אלא מיתומים קטנים ובמ״ש מורי הרב ז״ל בחלק ח״מ סי׳ ס״ז ע״כ הגה״ה) אבל זה א״א שמצאתי להרא״נ״ח ז״ל בסי׳ י״ט הוא עצמו כתב דהא דמהר״ם במחלוקת היא שנויה עם הריב״ש ז״ל בסימן הנז׳ ומסיק הרב ז״ל דכיון דהוא מחלוקת הפוסקים הלוקח חשיב מוחזק ונכתה האשה בבית והמוציא מידה אין רוח חכמים נוחה הימנו ע״כ א״כ גם בסי׳ קכ״ו למה לא זיכה לאשה הלוקחת אע״פי שהוא מחלוקת וצ״ל דבסי׳ י״ט מדבר במקום שאין שם הסכמה שהשוכר קודם למצרן ואפילו יש הסכמה אינם בחרם ולכן כל דאיכא ספיקא הלוקח הוא המוחזק דאוקמת ליה אדין תורה אבל בסי׳ קכ״ו שיש הסכמה בחרם תפש להחמיר משום דאע״ג דאיכא ספיקא ספק חרם להחמיר וכל דאיכא חרם בהסכמה אין הלוקח מוחזק אך קשה דבסי׳ קכ״ו רצה ללמוד היכי אמרו הפוסקי׳ דאע״ג דלאשה לית בה דינא דבר מצרא דינא דאחי דשותפי אית לה הכי נמי אע״ג דלית בה דינא דבר מצרא דינא דשכירות אית לה ואלו בסי׳ י״ט כתב דלא אמר מהר״ם דאשה לית בה דינא דבר מצרא דינא דשותפי אית לה אלא בריל דשותפי לבד מפני שהשותף יש לו זכות בגוף הקרקע וחשיב כדידיה

ולפיכך לא שייך ביה אחרינא כלל ואין ללמוד ממנו לשום טענה אחרת אפילו עדיפא מדינא דבר מצרא ונראה שגם זו מתורצ׳ בתירוץ שתרצתי למעלה דבנדון דסי׳ י״ט דליכא הסכמה ואפילו יש הסכמה אינה בחרם אילק מכח הסברא בין דינא דשותפי לשאר טענות אבל בסי׳ קכ״ו דאיכא הסכמה בחרם לא מצי שאנו מדמין נעשה מעש׳ לעבו׳ על ספק חרם אי כתי והוא הנכון דלא אמר בסי׳ י״ט דלא אמר מהר״ם ז״ל אלא דוקא דינא דשותפי ולא טענה אחרת אפילו דעדיפא מדינא דבר מצרא אלא לאפוקי דינא דהוק דאיה דבה קאי הרב ז״ל דלא שייך בה זכות בגוף הקרקע אבל כל שיש בו זכות בגוף הקרקע כשותפי והאי דאית לה שכירו׳ ומשכנת׳ שהוא הנדון דסי׳ קכ״ו אית ליה זכות בגוף הקרקע שכירות השכירות ליומיה ממכר הוא ואותו זמן שהוא שכור אללו הקרקע הוא שלו וכ״ש משכנתא

וחוזרני לענייני למ״ר דלדידי אין מההסכמה שום התנגדו׳ לנדון שלנו מאחר שכבר קנה ראובן שוכר ההקדש ואין השוכר יכול להוציאה מידו אפילו כפי ההסכמה ואפי׳ לדברי הרב ז״ל איפשר דס״ל דאע״ג דלגבי אשה ויתמי דין אחי ושותפי יש להם בהקדש אפילו דין אחי ושותפי לית ליה דאע״ג דהקדש עניים הוא ואין הדיוט יש לו מ״מ לכניך זה יד ההקדש על העליונה לומר דלגביה אפילו דין אחי ושותפי ליה ליה אפילו יש הסכמה בחרם להעדיף כח השוכר לא העדיפוהו אלא לגבי מצרן לא לגבי הקדש זהע״כ שאין זה מוכרח אבלי כשאנו ונתנגו עם החכמים השלימים שלומי אמוני ההוקות ודוד בא״עד הרא״ש הוא הרב מהר״ד אנוזי נר״ו ועלתה הסכמתנו לזכו׳ ללוקח וכך נעשה מעשה הגלע״ד כתבתי הצעיר חיים שכמה״ר ישראל בנבנשת ז״ל

סימן קכ״ז

אני הצעיר נסתפקתי בדבר שמעשים בכל יום וצריך לתור ולדרוש מה הדין נותן והוא זה ראובן השכיר בית לשמעון ובעודו שכורה לשמעון קנאה ההקדש מראובן ושמעון מערער על מכירה זו שרוצה לזכות בקנייה מטעם שהוא שוכר בבית וקודם לכל אדם אם נאמר כי היכי דקודם לכל אדם מטעם היותו שוכר בבית קודם נ״כ להקדש עניים או דילמא כיון דבהקדש עניים לית דינא דבר מצרא ה״ה דאין השוכר מוציאה מיד ההקדש והספק הזה בעצמו נוכל בראובן שמחזיק בבית הגוי והגוי מכר המולקי וקנאו ההקדש של עניים אם ראובן המחזיק קודם להקדש וזה הספק בעצמו במשכן במקום דליכא הסכמה לא תיבעי לך דודאי מכר הדין וכה ההקדש דלא יהא אלא הדיוט שקנה אין השוכר והמשכן ובעל החזקה מוציא מיד הלוקח דשכירו׳ ומשכנתא לית בהו דינא דבר מצרא וה״ה בעל החזקה ואהד מן הפירו׳ שאמרו בשכירות לית בה דינא דמשכנתא ובמשכנתא לית בה דינא דבר מצרא הוא שאם הבית המושכר לשוכר או המתושכנת למשכן נמכרת אין השוכר או המשכן יכולים לומר אני קודם לקנות ואע״ג דאיכא מרבוותא דפליגי ושוברים דבכה״ג אית בהו דינא דבר מצרא כיון דהוי פלוגתא דרבוותא הלוקח הוא המוחזק כמו שהסכימו כל הפוסקים זולת הרמ״ה ז״ל ואם כאחר הדיוט שקנה אין השוכר או המשכן מוציאין מידו כ״ש אם ההקדש קנה דאין מוציאין מידו כי תיבעי לך בשיש הסכמה נעיר שהשוכר או המשכן קודם לכל אדם אם מוציא מיד ההקדש וכו׳ דאם ההסכמה היא שנתנו לשוכר או למשכן דין מצרן אפילו ההסכמה היא בחרם אין המשכן או השוכר מוציאים מיד ההקדש דלא עדיף ממצרן גופיה דאינו מוציא מיד הקדש עניים

כמ"ש הריב"ש ז"ל בסי' תק"ז דהקדש שניים לית ביה דינא דבר מצרא וכיון דלית ביה דינא דבר מצרא לית ביה דינא דשוכר וממשכן דנתנו כח לשוכר וממשכן כדין בין המצר וכיון דבן המצר אינו מוציא אף שוכר וממשכן אינו מוציא אבל אם בהסכמה העדיפו כח השוכר והממשכן מהמצרן בזה איכא תרי גווני דאם בהסכמה העדיפו כחם מהמצרן אף להוציא מידו דאף אם קנה המצרן השוכר והממשכן מוציאין מידו וכל שכן מיד אחר שאינו מצרן בזה פשיטא לי דמוציא אף מיד הקדש דהקדש לית ביה דינא דבר מצרא אבל דינא דשוכר וממשכן דעדיף ממצרן לפי ההסכמה לא אמרו

ול"ת למפרשים שסוברים דכל היכא דאמרינן לית בהו דינא דבר מצרא דינא דאחי ושותפי אית בהו דודאי אמרינן כי היכי דדינא דאחי ושותפי אית בהו הכי נמי דינא דשכירות ומשכנתא אית בהו כמ"ש הרא"נ"ח ז"ל בח"א סימן ק"ו אלא אפילו למפרשים שסוברים דכל היכא דאמרי' לית בהו דינא דבר מצרא דינא דאחי ושותפי לית להו דינא דשוכר וממשכן אית להו דהתם לא מצינו שיפו כח אחי ושותפי מכח בר מצרן בשום מקום ולכן כל היכא דלית ליה דינא דבר מצרא לית ליה דינא דאחי ושותפי אבל הכא דבהסכמה העדיפו בפירוש כח השוכר והממשכן מכח המצרן אפילו במקום שמצרן אינו מוציא השוכר והממשכן מוציאין אפילו אין חרם בהסכמה כל שכן אם יש חרם בהסכמה שהסכימו שהשוכר והממשכן יוציאו מיד המצרן דמוציאין גם מההקדש אבל אם בהסכמה לא הסכימו שיוציא מהמצרן אלא שיקדים למצרן ויוציא ממי שאינו מצרן כיון שלא העדיפו כחו להוציא מהמצרן אע"פ שהעדיפו כחו להוציא מאחר ולקדום למצרן אינו מוציא מיד ההקדש דההקדש הרי הוא כמצרן וכי היכי דמצרן אינו מוציא גם מהקדש אינו מוציא וכ"ש בהסכמות קושט' שכתוב בהן שכל איש ישראל שירצה למכור חזקתו או בית שקנתו השוכר הדר בו מכחו יהיה קודם בו בקניה לכל איש ישראל מצרן והממשכן קודם לשוכר דלדידי לא העדיפו כח השוכר והממשכן אלא לענין קדימה ואפי' למצרן אבל אם כבר קדם וקנה אפילו אחר דלאו מצרן אין השוכר ואין הממשכן מוציאין מידו דאפי' שהיא בחרם אינו מוציא מיד ההקדש דאם אחר הדיוט שקדם וקנה אין השוכר ואין הממשכן מוציאין מידו כ"ש אם קנה ההקדש אבל ראיתי להרא"נ"ח ז"ל בח"א סי' ק"ו כתב על הסכמה זו שכיון שהיא בחרם השוכר או הממשכן מוציאין מיד הקונה אפי' הקונה היא אשה ודבריו תמוהים כמ"ש בתשובה אחרת סי' קכ"ה מן החלק הזה ומ"מ בתשובה אחרת כתבתי דאפילו לפי' הרא"נ"ח ז"ל אפשר דמן ההקדש אינו מוציא וכך נעשה מעשה בקושט' במעשה שבא לידינו כמ"ש בתשובה הנז'

ואם נוסח ההסכמה היא כנוסח ההסכמה שכתוב בתשובות הרא"נ"ח ז"ל סי' פ"א וז"ל עוד הסכימו שכל בעל חזקה שימכור חזקתו לשום יהודי שלא יהא המכר קיים אם השוכר היושב בה ירצה אותה באותה מכירה כו' נראה דאף אם קנה ההקדש השוכר מוציא מידו וכן בהסכמה של פה איזמיר שכתוב בה שכל מי שיהיה לו איזה חזקה בין בית בין חצר בין חנות ויבא איזה איש ישראלי או אשה ויקנה מהגוי בעל הקרקע אותו חצר או אותו הבית את המולקי לעולם קודם בעל החזקה בתוך עשרה ימים לקנייתו אף אם קנאה ההקדש בעל חזקה מוציאה מיד ההקדש הנלע"ד

כתבתי הכותב חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קכ"ח

איזמיר שנת התכ"א להחכם הנעלה כמה"ר יהושע לוריאנו נר"ו ואחיו יצ"ו

שאלה ראובן ושמעון שנשתתפו בעסק הסרסרות בבית הסוחרים אינגליזים בעסק משא ומתן ובכל מין סרסרות שיזמין להם הש"ת בין בביתם בין מבחוץ בכל שום אופן וענין שיכול להיות בעולם בין לשניהם יחד בין לשום אחד מהם לבדו באיזה אופן שיהיה והיה הטוב אשר יטיב ה' להם כל זמן שימשך השותפות הנז' ביניהם בין בבית הסוחרים בין מבחוץ בשום אופן וענין שיוכל להיות בעולם מחמת עסק סרסרות יתחלק ביניהם כל הריוח בזה האופן כל מה שירויחו בעסק הסוחרים ממנה יטול ראובן הג' ושמעון הב' וכל מה שירויחו חוץ מעסק הסוחרים יחלקו ביניהם לחצאים כו' בשבועה כו' וראובן זה ימים היה לו פ'אטוריאש ואחר ימים או עשור לשותפותם תובע שמעון מראובן שרוצה לחלוק עמו בפ'אטוריאש בשנה מיום שנשתתפו עד היום הזה וראובן טוען מה לך ולפ'אטוריאש שאנו לא נשתתפנו אלא בסרסרות בין בבית הסוחרים בין מבחוץ לא בפ'אטוריאש שהם שלו יורינו מורינו ורבינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה מה שהשיב החכם השלם כמה"ר אהרן לפפא נר"ו שהדין עם ש' וחייב ראובן לתת לשמעון חלק מהפ'אטוריאש ומה גם דאיכא שבועה בדבר וסייע דבריו מדברי הרא"נ"ח ז"ל ח"א סימן ט"ל שכתב שהפ'אטוריאש אינו נקרא עסק שנושא ונותן בו האדם ודן מזה שכיון שהפ'אטוריאש אינן בכלל עסק משא ומתן לא גרע פ'אטוריאש מסרסרות אין דבריו נראין לי כלל דלא אמר הרא"נ"ח ז"ל דאינו נכנס בכלל משא ומתן אלא דוקא לשלא נחייבם לפרוע מס אבל לא מפני זה נאמר דנכנס בכלל סרסרות אם נתחייב לחלוק בסרסרות חלילה

ולכאורה היה נראה שיש לחייב לראובן שיחלוק הפ'אטוריאש עם שמעון מתשובת הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סימן קס"ח ומהרש"ך ח"א סימן קל"ה שהרשד"ם ז"ל בסימן הנז' נשאל על ראובן ושמעון שנשתתפו שילך א' מהם לראגוזה לישא וליתן אולי יחנן ה' וימציא להם אופן שירויחו ויפרעו חובותיהם ויותירו והתנו שילך פ' לראגוזה לישא וליתן בכל מה שיזמין ה' בריוח יחלקו כו' ולפרוע לב"ח כו' בשבועה חמורה כו' והלך השותף לראגוזה ועשה והצליח בסרסרות גם נשא ונתן ועתה הוא אומר שאינו חייב לשותפו כי אם הריוח שהרויח במה שמכרו או קנה נכסים מהשותפות בין שהוא שלהם בין שהוא לב"ח אבל ריוח טרחו ועמלו אינו נכנס בשותפות ואין בו דין חלוקה והשותף השני טוען שהכל נכנס מפני התנאי אשר יזמין להם ה' ואפילו מלאכה והשיב הרב ז"ל שהדין עם השותף השני לחלוק עם חבירו מה שהרויח בסרסרו' דודאי צריך זמן ומפסיד מעסקו ואפילו למ"ד דאינו נוטל במלאכה אא"כ התנו בפירוש וכן גניב' ע"כ לא פליגי אלא במלאכה דאין כ"כ שהיה אבל בסרסרות שצריך זמן ומפסיד מעסקיו פשיטא דכ"ע מודו שיש לחלק בתנאם בשאר השותפות וכ"ש שזה נכנס בתנאיהם בפירוש במ"ש בכל אשר יזמין להם השם כו' ע"כ ומהרש"ך ז"ל בח"א סימן קל"ה כתב דראובן שמעון ולוי שנשתתפו והתנו ביניהם שכל ריוח והנאה שיזמין להם ה' בכל אופן ריוח שבכל משא ומתן שבעולם ואפי' מלאכה יחלקו אותו והנה ראובן ושמעון המתעסקים בחנות א' מהם נטפל בעסק המושאברליק והרויח והאחד עשה יין ומכר שחייבין לתת חלקו ללוי בכל מה שהרויחו במושאבירליק וביין אף אם לא היו מתנין שחייבין לחלוק בכל ריוח כ"ש עתה שהתנו בפירוש ואמרו שאפילו שימלאו מלאכה שיחלקו

שיחלקו דהוי מילתא דלא שכיחא. כ״ש בעסקים שנתעסקו בהם כו׳ ע״כ

אבל כד מעיינינן שפיר חזינן דאין מדברי הרשד״ם ומהרש״ך ז״ל סיוע דשאני כיון הרשד״ם ז״ל דלא נשתתפו בפירוש בסרסרות אלא בכל מה שירויחו בכל מה שיזמין להם ה׳ על זה כתב הרב דודאי בתנאי זה נכנס ג״כ סרסרות מטעם דבכל זמן שמתעסק הוא לסרסרות מתבטל הוא ממלאכתו מעסק השותפות אבל בנדון זה שניכר בתנאם בעסק סרסרות הרי הוא כאלו התנו בפירוש בסרסרו׳ ולא בפ׳אטוריא״ש והטעם בזה מפני שאינו דומה עסק הסרסרות לעסק פ׳אטוריא׳ דבסרסרות אינן׳ אחריות אבל בפ׳אטוריא׳ יש להם אחריות דהפ׳אטורים שומרי שכר הם ואם נגנבו או נאבדו הסחורות חייבים לשלם וכמ״ש מהר״ם מטראני ז״ל ח״א סימן קע״א וח״ב סי׳ ט״ו ומורי הרב ז״ל חלק ח״מ סימן ק״י וכבר כתב מהרש״ט ז״ל בספר ש״י דאפילו אם נתחייבו במציאה בשוק לא נתחייבו אלא בריוח הדומה למציאה דלית ביה אחריות אבל בעסק אחר דאית ביה אחריו׳ הריוח לעצמו הבא כמי אפי׳ שפירשו שאם נשתתפו בסרסרו׳ לא נתחייבו אלא בריוח הדומה לסרסרות דלית ביה אחריות לא בעסק הפ׳אטוריא״ש שיש בהם אחריות וכדכתבינן •

ואף מהרש״ך דבסי׳ הנז׳ שחולק על מהרש״ט ז״ל בזה ושוב׳דאם נשתתפו במציאה בשוק כ״ש בעסק שנתעסקו במתונו וכמ״ש למעלה וגם מוכח מדבריו דאפי׳ אם נשתתפו שהם נותן לו חלקו בשכר שהרויח בעסקו התם שאני שהשותפות הוא בשתם אבל הכא שפירשו בעסק סרסרות בהו להוציא ולא פ׳אטוריא״ש דבלשון בני אדם קורידיריא״ה להוד ופ׳אטוריא״ה לחוד וסבור אני דהנודר שלא להתעסק בפ׳אטוריא״ש כיון דבלשון בני אדם פ׳אטוריא״ש אינם נכנסי׳ בכלל קורידיריא״ש וכבר כתב הרשב״א ז״ל ח״ב סימן ע״ט דאם התנו דכל ריוח שירויחו בין מחמת מתנה ודורון והגד מן השותפין כברר לפשר בין שני בעלי דינים ונתנו לו מכה שכר טרחו רואין אם נכנס זה בכלל הסרסרות חולקין הא קונן דהכל תלוי אם נכנס זה בכלל זה וכל שלא נכנס זה בכלל זה אין חולקין אע״פ שאותו השותף מתבטל מעסק השותפות כל זמן שנכנס לפשר בין בעלי דינין וכתב מהר״י קולון ז״ל בשרש ז׳ דבלשון שטרות וכיוצא בהם יש להלך אחר לשון בני אדם והדברים ק״ו אם בנדון הרב ז״ל דאין אנו יכולים להכחיש דפדיון שבויים הוי צדקה משום דבלשון בני אדם אין רגילות לקרי צדקה סתם אלא מה שמחלקין סתם לעניים לא כופר בפדות כי לזה יקרא פדיון שבויים כ״ש הכא בנדון שלנו דאין בכלל סרסרות פ׳אטוריא״ש וגם מחולקין בלשון בני אדם שאינן נכנסין בכלל סרסרות •

ושנית תאמר הוצרך הדבר לפרש ולהאמר במה נשתתפו הא נאו מילתא שהיו יכולין לכתוב שנשתתפו בכל מין ריוח שירויחו בבית השוחרים והלבד שהדבר ידוע שההנאה בבית השוחרים היא סרסרות במה שאמר כל מין ריוח נכנס סרסרות ואפי׳אם נאמר דרכו לבאר בפירוש במה נשתתפו ואולי להוציא דבר אחר הי מעכב ע״י שלא לבאר בפירוש דאע״פ שהוצרכו לבאר סרסרות תנאי גמור ביניהם לחלוק אף בפ׳אטוריא״ש ועוד דזה הטעם שכתבו הרשד״ס ומהרש״ך ז״ל מפני שהוא מתבטל מן השותפות בשעה שהוא עוסק בעסקיו אינו מוסכם שהרי הרב בעל הטורים ז״ל לא הביא דין זה דהרמב״ם ז״ל ולא יתעסק בסחורה אחרת והטעם כמ״ש הרב ז״ל בב״י ח״מ סימן קע״ז סי׳ ז׳ דס״ל דאותו דין אינו אלא בשושיב חבירו בחנות לא במתעסק ואפילו בדעת הרמב״ם ז״ל אינו מוסכם

שמהר״י יפה ז״ל הובאו דבריו בהרא״נח ז״ל ח״א סימן ס״ד על פירוש הרב ז״ל בב״י שפירש דברי הרמב״ם ז״ל שכתב לא יתעסק בסחורה אחרת שפירושו לא יתעסק באומנות אחרת הקשה עליו כמה קושיות ופירש דברי הרמב״ם ז״ל דלא היה השותפות בחטים ונתן לו המעות א׳טתא דהעים לא ילבישם בשעורים וסייע דבריו מהסמ״ג והרמב״ם ז״ל עצמו בפ״ז גבי המושיב את חבירו בחנות כו׳ ולפי פי׳ זה אפילו אם נתעסק באומנות אחרת כיון דאינו מתבטל כ״כ הריוח לעצמו ויראה לי שהחכם המורה הא׳ ז״ל שהובא בהרשד״ס ז״ל חלק ח״מ מן היעת הזה שעל התוספתא דהושיב חבירו בחנות כו׳ כתב דאע״ג דהתוספתא לא איירי אלא בעיסקא אין חילוק בין עסק לשותפות דז״ל בתר טעמא ואם הוא מפרש דברי הרמב״ם כדמפרשי להו הרב ז״ל והרשד״ס ז״ל למה לא נסתייע מדברי הרמב״ם אלא ודאי הכי שהיה מפרש דברי הרמב״ם ז״ל כדמפרש להו מהר״י יפה ז״ל לא נסתייע מדברי הרמב״ם ודברים נכונים הם ומיהו בהא לא נ״ל מידי דאע״ג דאיכא פלוגתא דרבוותא כיון דאיכא שבועה אזלינן לחומרא

ועוד אני אומר דלא אמרו הרשד״ס ומהרש״ך ז״ל דכיון דבשעה שעוסק במלאכה אחרת מתבטל מעסק השותפות אלא דוקא בנדון דידהו שהיו שותפין נ״כ בעסק משא ומתן ובפרט בנדון מהרש״ך ז״ל שנשתתפו נ״כ במה שהיו שואים ונותנים בחנות׳וכיון שנשתתפו גם בעסק משא ומתן צריכין אל התמדה בעסק השותפות יום יום ולכן כל שמתבטל מעסק אחר מתבטל מעסק השותפות אותה שעה שהוא מתעסק באומנותו אבל בנדון שלנו שלא נשתתפו בעסק משא ומתן אלא בעסק הסרסרות הדברים ידועים שעסק הסרסרות תלוי בזמנים לפעמים בשבוע א׳ או אפילו יום אחד נעשים כמה מיני סרסרות ולפעמים ימים רבים העסק בטל ולכן אין טענה בשביל שהוא התעסק באומנותו מתבטל מעסק השותפים אותה שעה דשמא בשעה שהוא עושה עסק הפ׳אטוריא״ש אין שם עסק סרסרות ואף אם בשעה שהוא עוסק בסרסרות נוכל איזה פ׳אטוריא״ה יכול להניחו לעת הפנאי אבל בנדון הרבנים ז״ל דעסק המשא ומתן יום יום א״א שלא יתבטל מעסק השותפות איזו שעה כללו של דברים שלא כתבו הרבנים ז״ל דבשביל טענה זו מפקינן מן השותף אלא דוקא בכה״ג שהוא מתבטל משותפותו בשעה שעוסק בסחורתו אבל אם אפשר לתלות שאינו מתבטל מעסק השותפות בשעה שמתבטל לא מפקינן ממונא

ועוד דלא כתבו הרבנים הנז׳ כן אלא דוקא בנ״ד שהסרסרו׳ והעסק במשאם ומתנם הוי נולד שנתחדש אחר שותפותם ושמה כונתם על כל ריוח שיתחדש אבל בנדון שלנו שכבר היה לו הפ׳אטוריא״ש לראובן איבעי ליה לאתנויי וכל שלא התנה כפי׳אין לו חלק בהם ובנדון מהרש״ך ז״ל יש לחלק בטעם אחר מנ״ד דבשאלה התם עסק המושא״רליק ומכירת היין הוי תדיר בכל יום ויש לחלק בין אומנות לסחורה דבעוסק באומנותו מתבטל לגמרי מהשותפות משא״כ בסחורה אחרת שאינו מתבטל כ״כ כדרך שכתב מהר״י יפה ז״ל בסימן הנז׳ אף אנו נאמר שיש חילוק כשמתעסק בסחורה אחרת לפרקים לשמתעסק בסחורה אחרת תמידי יום יום ומלבד זה בנ״ד לשון השטר מורה שלא נשתתפו בפ׳אטוריא״ש שכתוב שנשתתפו בכל מין סרסרות שיזמין ה׳ להם בין מביתם בין מבחוץ וכיון דסרסרות שבביתם אינו אלא סרסרות לא פ׳אטוריא״ש כך הסרסרות שמבחוץ אינו נכנס אלא סרסרות לא פ׳אטוריא״ש עוד כתוב בשטר שבכל מה שירויחו בעסק הסרסרות יקח ראובן

ראובן מ' לאמה ושמעון ס' לאמה וכל מה שירויחו חוץ מעסק השוחרים יחלקו שוה בשוה ואיך יתכן שיהיה השות' מרובה על העיקר בעסק הסרסרות שיש ביניהם שוה. שיקח אחד מהם ס' והאחד מ' ובעסק הפ'אטוריאש שכבר היה לו לאחד מהם ולאחר לא יחלוקו ביניהם שוה בשוה זה דבר שאין הדעת סובלתו. וכ"ש אם ריוח הפ'אטוריאש הוא יותר מריוח הסרסרות דאין סברא לומר דבעל הפ'אטוריאש נתחייב לתת חלק מרובה ויקח חלק מועט

ועוד אני אומר דאע"ג דבשאלה לא נתפרש דכשם שהם חולקים בריוח כך הם חולקים בהפסד משמע כך הוא שתנאם לחלוק בין בריוח בין בהפסד וזה מורה שלא נכנסו הפ'אטוריאש בכלל דאם היה הדבר שבעל הפ'אטו' נאבד ממנו או נגנב איזה סחורה והוצרך לשלם היעלה על לב אנוש שחבירו יהיה לו חלק בהפסד הא ודאי לא וכיון דרחוק להפסד הוא לא יהא קרוב לשכר שהם לא נשתתפו אלא בדבר שהם שוים בריוח ובהפסד כאשר מורה לשון השטר כמ"ש

עוד ראיתי בשטר השותפות שכתוב בו עוד התנו שלא יהא שום אחד מהם רשאי לקבל עמו שום נכרא בבטול' השותפות הנז' כל זמן שימשך ביניהם השותפו' הזה ובנדון זה כבר יש לשמעון שותפין אחרים ואם הכונה שמכאן והלאה לא יוכלו להשתתף עם שום נכרא היה לו לפרש שלא יוכלו להשתתף עם שום נכרא מחדש חוץ מהשותפין שיש לו. לפי' אלא שהדברים ברורים שהפ'אטוריאש לא נכנסו בכלל השותפות ותנאם שלא ישתתף בשום נכרא הוא בשותפות לבד שהוא הסרסרות לבד וזה ברור בעיני

ויש לתמוה על מהרש"ך ז"ל שדן והוציא מן השותפין מה שהרויחו בממון עצמם מפני ס' הרמב"ם ולא הביט שהרב בעל הטורים חולק עליו כמ"ש הרב ז"ל בסי' ז' ודוחק לומר שהיה שם שבועה ומחמת השבועה תפס להחמי' כדעת הרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סימן קמ"ח שלא הוזכר בשאלתו שהיה שם שבועה. גם הרב המשיב ז"ל אם כל טעמו היה מפני השבועה הי"ל לפרש ושמא כיון שלא מצא שום חולק על הר"ם במז"ל כי אם הרב בעל הטורים לא חש לסברתו כיון דאפי' המוחזק אינו יכול לומר קי"ל כוותיה וכל זה אינכו שוה והתירוץ הנכון הוא דבנדון מהרש"ך ז"ל אפילו הרב בעל הטורים יודה דהתם נשתתפו לעסוק בחנות והוי דומה בדומה לתוספתא דהמושיב לחבירו בחנות למחצית שכר לא יעסוק באומנות כו' ובזה הכל מודים אלא שהרמב"ם סובר דה"ה להשתתף אע"פ שאינם יושבים בחנות ובזה מהרש"ך אינו סותר את עצמו דבסי' קכ"ה מהחלק ההוא כתב דאפי' בלא תנאי יכול ראובן לישא וליתן במעות עצמו עם מי שירצה והיינו טעמא משום דבנדון ההוא לא היו שותפין בחנות אלא שותפין בעסק ועיין בהראנ"ח ז"א ח"א סי' ש"ד ומהר"א ששון ז"ל וחד דעמיה בסימן קל"ד וקל"ה כתבו דאע"פ שהם שותפין אינם חולקים בפ'אטוריאש וכן נראה מספר משפט צדק ח"ב סי' י"ו הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קכט

איזמיר להה"ר יצחק האנדאלי נר"ו ש"כ ק"ק פורטוגאל יע"א שנת התב"ד

שאלה ראובן ושמעון ולוי שותפים משך זמן ושם כל אחד מהם כך וכך לקרן קיים בשותפות והיו כולם מתעסקים ומשתדלים בחנות ובמשא ומתן לקנות ולמכור וחולקים בריוח שוה בשוה בין שלשתם כמו שהתנו ביניה' ובמשך זמן נתגלגל שבאו סחורות מעיר אחרת בפ'אטוריאש על שם ראובן ושמעון והשותף לוי נשאר שוקד על החנו' תמיד וראו' וש' עוסקים ומשתדלים בפ'אטוריאש גם באים לעתים בחנות עתה רוצים ליקח שניהם לעצמם ריוח הפ'אטוריאש ולוי תובע חלקו מהפ'אטוריאש שטוען עליהם כשם שאני נשארתי שוקד בחנות ואתם לוקחים בריוח החנות גם מה שאתם מרויחים ממקום אחר ומוצאים שקידת החנות לצרכי השתדלות בפ'אטוריאש אקח גם אני חלקי עמכם כמו שאנו שותפים בריוח שימין או הפכו הן יורינו מורינו מורה צדק אם הדין עם לוי כנז' ושכר האמון כפול ומכופל מן השמים

תשובה להיות שהשואל אינו סובל אריכות גם בספר זה ימים נשאלתי על כיוצא בזה אבא בקצרה ואומר דאע"פ שלפי מ"ש באותו פסק והוא בסימן קכ"ז מהחלק הזה יוצא דבנ"ד חייבים ראובן ושמעון לתת חלק ללוי מ"מ כד מעיינינן שפיר חזינן דאף בנדון הלז פטורים מלתת חלק בפ'אטוריאש כמו שהסכימו מהר"א ששון ז"ל ורב אחר עמו בסימן קל"ד וקל"ה שאע"פ שהן שותפין אינן חולקין בפ'אטוריאש וכן נראה מדברי משפט צדק ח"ב סימן י"ו ומתשובת הרשב"א ח"ב סי' ע"ט ומדברי מהר"י יפה ז"ל הובאו דבריו במהראנ"ח ז"ל ח"א סימן מ"ד ומהרש"ט ז"ל בספר שארית יהודה ואע"פ שמדברי מהרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סימן קמ"ח דפסק דחייב לחלוק עמו בפ'אטוריאש וכן מוכח מדברי מהרש"ך ח"א סי' קכ"ה נראה דגם בנ"ד חייבים לתת ללוי חלק מהפ'אטוריא' המעיין שם יראה שפסק דינם מיוסד על פי דברי הרמב"ם ופירוש הרב ז"ל עליו בסעיף י"ז אבל מהר"י יפה ז"ל הקשה על הרב ז"ל קושיות גדולות ועצומות ופירש דברי הרמב"ם ז"ל דאם היה השותפות בחטים ונתן לו המעות שיקנה חטים לא ילבישם בשעורים וסייע סברתו מדברי השמ"ג והרמב"ם עצמו בפ"ז גבי המושיב את חבירו בחנות כו' ולפי פירוש זה אם נתעסק בסחורה אחרת כיון שאינו משתכל כ"כ הריוח לעצמו וכבר כתבתי בתשובה הנז' שהמורה הראשון שהובא בהרשד"ס ז"ל חלק ח"מ סימן קמ"ד מן הדעת הזה ומאחר שנתבאר דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דאפילו נתעסק בסחור' אחרת השכר לעצמו ואם הרשד"ס ומהרש"ך ז"ל בנדון שלהם הכו לסברת הרמב"ם ז"ל היינו מפני שבנדון הרשד"ס היה שם שבועה ונסך שבועה להחמיר ובנדון מהרש"ך ז"ל מפני טעם אחר שכתבתי בתשובה הנז' ומלבד זה אני נעניי בתשובה אחרת מהחלק הזה סימן קכ"ט ובספר כנה"ג הגדולה חלק ח"מ סימן קע"ו בהגהת ב"י אות קי"ט הארכתי להוכיח דהא דתניא בתוספתא המושיב את חבירו בחנות למחצית שכר אם היה אומן לא יעסוק באומנותו לפי שאין עיניו על החנות בשעה שהוא עוסק באומנותו כו' מטעם איסור נגעו בה דלא יעסוק לכתחילה באומנות אחרת אבל אם עבר ועסק באומנות אחרת השכר לעצמו והכרחתי כן מסיפא דברייתא דמסיים בה ואם היה שורה עמו בחנות מותר מדקתני לישנא דמותר נראה דאיסור ומותר קאמר ולא לענין התשלומין וכן ראיתי אחר כך בהגהת כ"י מהרב מהר"ם מטיוולו ז"ל על הרב בעל הטורים ז"ל הסכים דאם נשא ונתן בסחור' אחרת השכר לעצמו כללא דמילתא דראובן ושמעון פטורים מלתת חלק ללוי בפ'אטוריאש

הנראה לענ"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר יצחק בנבנשת זלה"ה

סימן קל

שאלה ששלח מסיליבריאה להחכם כמהר"ר אברהם יצחק יצ"ו שנת השכ"א

שאלה ראובן ושמעון שותפין ובעודם שותפין שלח ראובן לתוגר א' אל שמעון והלה יכין שילבש מעותיו אל הגוי שהלבשה קרובה. אל הריוח ושלא ירויח עמו כלום ואח"כ בשה שירויח הוא עם הגוי יחלק כחלק שאכלו ובתוך זה הזמן נתפרדו איש מעל אחיו והשותפים חשבו לשמעון בבית האשקים והלך ראובן עם הגוי לויניציאה באות' הלבשה והרויח עם הגוי ועתה טוען שמעון שיתן לו הפי הריוח כמ"ש לו בכתבו וראובן אומר שאינו רוצה לתת לו כלום כיון שלא קנה מידו על זה וטוען שמה שלא קנה מידו מפני שסמך על הקנין והשבועה שהיתה ביניהם קודם בזמן השותפות יורינו מורינו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה לכאור' נראה לומר שזכה שמעון בחלק הריוח שהרויח ראובן עם התוגר בהולכו בויניציאה דאע"ג דהריוח היתה אחר שנתפרד' חבילת השותפות מ"מ כיון שהלבשת הסחורה שהלבישו שמעון לתוגר היה בעוד חברת השותפות קיימת הרי זו כסחורת השותפין הניקנית בזמן שותפותם שאע"פי שלא נמכרה אלא לאחר שנתפרדה החבילה של השותפות עדיין הם שותפין בה והן לריוחהן להפסד והכא נמי כיון שתחלת סחור' זו והלבשתה היתה בזמן השותפות כל ריוח שיצא ממנה אחר הפירוד זכה שמעון בה ואף אם נרצה לחלק ולומר דשאני סחורה שניקנית בזמן השיתוף שיד שניהם שוה בה שניקני' בממו' השותפות אבל בנ"ד שאין זו סחורה מעסק השותפות אלא שראובן שלח התוגר לנבי שמעון שילבש מעותיו בסחורה מפני שאמר ראובן לשמעון כיון שאין זה מעסק השותפות והריוח בא לו אחר שנתפרדה החבילה אין לך בידי כלום מ"מ אם שטר השותפות הוא שותפות בינתם אין בטענת ראובן ממש שהרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה"ש המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנהג המדינה כו' ולא יעסוק בסחורה אחרת כו' כגון ונשא ונתן בסחורה אחרת אם היה שם שכר השכר לאמצע ע"כ והכא נמי כיון שאינו יכול להתעסק בסחורה אחרת מה שנשא ונתן השכר לאמצע וזה היה נראה לכאורה ובתמיה עיון יתבאר דלא היא דלא כתב הרמב"ם דאם נשא ונתן בסחורה אחרת שהשכר לאמצע אלא בנשא ונתן בעודם בשותפות אבל בכהן שכנו דהעסק שנתעס' היה אחר הפירוד אין לשמעון חלק בריוח ההוא ועוד שהרב בעל הטורים ז"ל חלק ח"מ סי' קע"ו כשהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל הנז"ל השמיט מ"ש הרמב"ם שאינו יכול להתעסק בסחורה אחרת וכתב הרב שם שאיפשר שסובר שאין דין זה אמור אלא במושיב את חבירו בחנות אבל לא במשתתף עם חבירו ואפי' בדברי הרמב"ם ז"ל שמ"ש ולא יתעסק בסחורה אחרת יש פירושים שונים יש מפרשים שלא יתעסק באומנות אחרת וי"מ שאם השותפות בחטים ונתן לו המעות אדעתא דהפים לא ילבישם בשעורים ואפי' מאן דמפרש דברי הרמב"ם ז"ל דה"ש ולא יתעסק בסחורה אחרת ר"ל שלא יעסוק באומנות אחרת יש סוברים דאם הריוח הריוח לעצמו כמו שאפרש ב"ז"ר

הגה הרב ז"ל בב"י ובח"מ סי' קע"ו בסעיף י"ז מתוך דבריו שם מוכח דמפרש מ"ש הרמב"ם ז"ל ולא יתעסק בסחורה אחרת שלא יתעסק באומנות לדרת שכתב שם על מ"ש הרמב"ם ז"ל ולא יתעסק בסחורה אחרת כו' וז"ל ורבינו לא כתבו ואיפשר שסובר שאותו דין אינו אלא במושיב חבירו בחנות כו' וכדתניא בברייתא והביאוה הרא"ש והרי"ף בפרק איזהו נשך שגב גרסא המושיב את חבירו בחנות למחצית שכר אם היה אומן לא יעסוק באומנותו לפי שאין עיניו על החנות בשעה שהוא עוסק באומנותו והרמב"ם ז"ל כ"ל דמ"ל דה"ה למשתתף דכשמשתתף עם חבירו הוא שיאים לבו ונכבו על עסק השותפות ואם הוא מתעסק בסחורה אחרת לא יתן עיניו כ"כ בעסק השותף ע"כ וכ"כ הסמ"ע אות ל"ב ומורה א' הובאו דבריו בהרב"דם ז"ל חלק ח"מ סי' קס"ד וכן נראה מדברי הרב"דם שם וכ"כ בפירוש בסי' קמ"ח וכ"כ מהרש"ך ז"ל בח"א סי' קל"ה הנה שהרב ז"ל מפרש לא יתעסק בסחורה אחרת לא יתעס' באומנות אחרת אבל מהר"י יפה ז"ל הובאו דבריו בהרא"ם ז"ל סי' ס"ד הרבה להקשות על דברי הרב ז"ל ופירש הוא ז"ל שאם היה השותפות בחטים ונתן לו המעות אדעתא דהפי' לא ילבישם בשעורים ויראה לי שהחכם המורה הראשון שהובא בהרב"דם ז"ל חלק ח"מ סי' קס"ד הוא מן הדעת הזה שעל התוספתא שהביאו הרי"ף והרא"ש בפרק איזהו נשך המושיב את חבירו בחנות כל כתב דאע"ג דהתוס' לא מיירי אלא בעסקא אין חלוק בין עסק לאומנות דויל בתר טעמא ע"כ ואם הוא מפרש דברי הרמב"ם ז"ל כמו שמפרשים אותם הרב ז"ל ושיעתו למה לא נסתייע מדברי הרמ"בם ז"ל אלא ודאי שמפני שמפרש דברי הרמ"בם כמו שמפרש אותם מהר"י יפה ולכך לא נסתייע מדברי הרמ"בם ודברים נכונים הם

ואיכא למידק על הרב ז"ל בב"י דכשנו התוספתא דהמושי' את חבירו בחנות למחצית שכר אם היה אומן לא יעסוק באומנותו מוכיח דאיסורא איכא ובכל זה עבר ועסק באומנותו והרויח השכר לעצמו מדלא קתני ואם עסק באומנותו השכר לאמצע כדקתני סיפא והביאוה הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה"ש והרא"ש והנמקי בפרק איזהו נשך ורבינו ירוחם בנ"כ ח"א המושיב את חבירו בחנות למחצית שכר לא יהיה לוקח ומוכר דברים אחרים ואם לקח ומכר השכר לאמצע ע"כ ועוד מדקתני בסיפא דרישא ואם היה שורה עמו בחנות מותר והאי דלענין איסורא מתניא ולא לחלוק בריוח אם עסק באומנותו והרויח מדקתני ליבבא דמותר והרמ"בם ז"ל בפ"ו כתב ואם היה שותף עמו בחבר מותר והוא ע"ם וג"ל בחנות במקום בחבר וכן מוכיח מרי"ו בכ"ו ח"א וכן מצאתי בהרמב"ם ז"ל ב"י והטעם דכיון דהשותף עמו בחנות בשיבא הלוקח לקנות יאמר לו השותף שיקום מאומנותו וימכור מה שבואלין לו א"כ כיון דהשותף עמו בחנות ורואה שעוסק באומנותו ואינו מוגבו מהג כל שעבודו המשועבד לו למכור והרב בעל לח"מ כי"ב דכיון דהשותף הכוי גם כשיבא הלוקח ליקח הוא ימכור לו

ויש לתמוה על הרא"ש ז"ל בפרק א"נ והרב בעל הטורים ז"ל בי"ד סי' קע"ז שהביאו התוספתא זו דאם היה אומן לא יעסוק באומנותו ולא הביאו הא דמשיים בה ואם היה שורה עמו בחנות מותר ולא ידעתי למה וראיתי להרא"ש ולרי"ו ז"ל כתבו ואם לקח בהמעות הלי השכר לבעל החנות כאלו הלוה מעותיו והוא כיהב למה שכן בתוספתא ולא יהיה לוקח ומוכר בדברים אחרים ואם עשה כן השכר לא הגיע ידו [illegible] ראיתי דהיינו דוקא בשלקח המעות [illegible] ומכר דברים ואצטריך לאשמעינן דלא נימא דאדרבה שמעינה הרי הוא כזקפן עליו במלוה ואם כתבו כחתו לו ורם הותירו היתירו לו שאו הם נוהר דמיירי אפי' כשלקח המעות

ממעות עצמו לכיון דטעם התוספתא דכיון דהושיבו בחנות אינו רוצה שיתעסק אלא בשלו כמ"ש הם ז"ל אפי' בלקח במעות עצמו הרי הוא כאלו הלוה מעותיו לבעל החנות והדברים מוכרחים מפאת עצמם דאם הם שתי חלוקות ודאי דהחלוקה הראשונה היא במעות השותפות והשניה במעות עצמו וא"כ מאי איכא בין לקח ממעות השותפות ללקח במעות עצמו כיון דבכולהו הוי השכר לאמצע ועוד ליתני לקח במעות עצמו וכ"ש לקח במעות השותפות ודוחק לומר דלא זו אף זו קאמר אלא נראי כדכתיבנא

ואחרי הודיע אלקים אותנו את כל זאת דהא דתניא בתוספתא אם היה אומן לא יעסוק באומנותו מטעם איסור נגעו בה ולא שאם עסק באומנותו הריוח לאמצע יש לדקדק על הרב ז"ל איך כתב שהרמ"בס ז"ל למד מתוספתא זו למתעסק בסחורה אחרת הרי הרמב"ם ז"ל כתב עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת הריוח לאמצע וגבי האומן שעוסק באומנותו שהוא המלמד לא הוי דינא הכי ועוד מה צורך לומר שהרב בעל הטורים ז"ל סובר דאותה תוספת' איכה דוקא אלא במושיב חבירו בחנות הרי אפי' שיהיה בכל עסק לא קא זר שהריוח יהיה באמצע ועוד קשה על הרב ז"ל למה לא הביא מסיפא דתוספתא דקתני ולא יהיה מוכר ולוקח דברים אחרים ואם לקח ומכר השכר לאמצע והוי דומה בדומה למ"ש הרמב"ם ז"ל ולא יתעסק בסחורה אחרת לפי פירוש הרא"ש ז"ל בתוספתא זו שהוא אפילו במעות עצמו וכדכתיבנא וכן ראיתי להרש"דם ז"ל חלק ח"מ סי' קמ"ח כתב שהרמב"ם למד דינו מהך תוספתא ואף דבדבריו לא הוזכר אלא רישא דתוספתא המושי' את חבירו למחצית שכר אם היה אומן לא יעסוק באומנותו מ"מ מדכתב אח"כ וכ"כ הרא"ש ז"ל בפסקיו בפר' הכו' דכיון דהושיבו בחנות אינו רוצה שיתעסק בדברים אחרים אלא בשלו מוכח דמסיפא דתוספתא מייתי לה שהרי הרא"ש לא כתב טעם זה אלא אסיפא דתוספתא גם א' קדוש הובאו דבריו שם בהרש"דם ז"ל סי' קמ"ד מסיפא דתוס' מייתי דין זה וליכא למימר דהא דלא מייתי הרב ז"ל מסיפא דתוספתא מפני שאין מפורש שם הטעם כמו שמפורש ברישא שהטעם משום מתרשל אבל בסיפא איכא למימר דלאו טעמא משום מתרשל הוא אלא מפני שבשעה שהוא מוכר הוא דבריו של עצמו היה מוכר מנכסי השותפות דמלבד דקשיא דגם מרישא אין שום ראיה כיון דאין הריוח לאמצע קשיא לן כמי ומי הוזכר דין זה אפי' בשותפות ולא בעסקא דוקא אלא מאי אית לך למימר דהרמב"ם ז"ל סובר כן וכפי פירושו יוצא דין זה אף מסיפא הרמב"ם ז"ל מפרש כפי' הרא"ש ויוצא דין זה ותוקשה על הרמב"ם ז"ל דנראה דהך תוספתא הוי היפך דברי הרמב"ם ז"ל דהרי בתוספתא מסייתינן בהך חלוקה ואם היה שותף עמו בחנות ופסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה"ש וכיון שכן הוא אין ללמוד דין הרמב"ם מהתם כיון דהתם שותפין עומדין זה אבל זה דוחק לאוקומי דין הרמ"בם ז"ל בפרטי שאין השותף שם שעוסק בסחורה אחרת

ונראה בעיני דאף הרב ז"ל לא מייתי ראיה לדברי הרמב"ם ז"ל אלא מסיפא דתוספתא דקתני לא יהא לוקח ומוכר דברים אחרים ואם לקח ומכר השכר לאמצע ובחלוק' זו אין חילוק בין שותף שרוי עמו בחנות או אין שרוי אלא דבכל גוונא אם עבר ומכר דברים אחרים השכר לאמצע דאם אף בחלוקה זו יש לחלק כן היה לו לבעל הברייתא לשנות אחר שתי החלוקות ואם היה השותף שרוי עמו בחנות מותר מדלא תנייה אלא אחר החלוקה הראשונה מוכח דבחלוקה שניה אין חילוק ועוד ליתא דמותר אינו

כודק אלא אחלוקה ראשונה ולא אשניה דאי אחלוקה השניה דהשכר לאמצע היה לו לומר אם היה השותף שרוי עמו בחנות הריוח לעצמו ומה שהרב ז"ל לא הזכיר אלא רישא דברייתא אי בעית אימא כו' קאמר כמו שהזכרתי אנו לומר בדברי הרש"דם ז"ל סי' קמ"ח וכמ"ש למעלה וא' בעית איכא נקט רישא דברייתא לאורויי דטעם סיפא נמי הכי דלא קתני טעמא סמיך ארישא דטעמא הוא משום מתרשל ומכל האמור נתבאר דהרב בעל הטורים ז"ל סובר דלא נאמר דין זה אלא במושיב חבירו בחנות דאיכא טירחא יתירה בחנות ולכן צריך שיתן עיניו בחנות אבל אם אין שם חנות אלא שתוף דליכא טירחא יתירה בשתוף אף בנושא ונותן בממון עצמו השכר לעצמו ולהרמב"ם ז"ל אף בזה השכר לאמצע ומהר"י יפה ז"ל כתב חילוק אחר וז"ל ויש לחלק בין אומנות לסחורה דכשהוא עוסק באומנותו מתבטל לגמרי מהעיסקא משא"כ בסחורה אחרת שאינו מתבטל כ"כ

וראיתי בתשובות מהר"א ששון ז"ל סי' קל"ד א' קדוש מדבר שנשאל על שני שותפין שהיו שותפין בעסקיהם ולא' מהם היו שולחין לו פ'אטוריאש אם יחלוק הריוח הזה עם חבירו והשיב שאין מן הדין שיחלוק אלא הכל לעצמו וכתב על זה ואין לומר כיון דקי"ל המשתתף עם חבירו לא ישתתף עם אחרים ואינו יכול להתעסק בסחורה אחרת כו' שהרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה"ש דאם נשתתף עם אחר בממון עצמו אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ע"כ ואיכא למידק מה היה מפרש במ"ש הרמב"ם ז"ל ולא יתעסק בסחורה אחרת אם מפרש כפירוש מהר"י יפה ז"ל שהזכרתי למעלה מאי קושיא מדברי הרמב"ם ז"ל לדינו ואם מפרש כפי' הרב והרש"דם ושיעתם ז"ל מה מביא מהרמב"ם ז"ל ממ"ש אם נשתתף בממון עצמו עם אחר הריוח לעצמו דע"כ הכא מיירי במשתת' עם אחר בממון עצמו והוא לא נתעסק כלל כדמפרשי לה הרב ז"ל והסמ"ע (הגה"ה והב"ח ע"כ הגה"ה) ויראה דכונתו לומר דאין לפרש ולא יתעסק בסחורה אחרת כדמפרשי הרב והרש"דם ז"ל מ"מ דאם נשא ונתן במעות עצמו הריוח לעצמו דלא שאני ליה בין נתעסק הוא ללא נתעסק אבל לדעת הרב ז"ל יש חילוק בין נשתתף עם אחר במעות עצמו והוא אינו נושא ונותן בהם לנושא ונותן בהם ולפי דבריו צ"ל דמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט דנחלות וכל שנשא ונתן כל אחד ואחד בממון זה השכר לאמצע ומשמע הא בממון עצמו השכר לעצמו וכדדייק החכם השלם המורה הנו' מיירי בשהרויח בממון עצמו ע"י אחר ולא נשא ונתן הוא עצמו

אך ק' להרש"דם ז"ל בסי' קמ"ח שכתב דכיון דהרמב"ם ז"ל סובר דאפילו בממון עצמו השכר לאמצע יש לנו לומר שגם הרי"ף והרא"ש ז"ל סברי הכי דלפי זה חולק הר"ב הטורים ז"ל עם אבין הרא"ש ז"ל שהר"ב הטורים לא הביא דברי הרמב"ם ז"ל מפני שחולק עליו וכמ"ש הרב ז"ל בב"י ותו קשה לפי מ"ש דמאי דקתני בתוס' אם היה אומן לא יתעסק באומנותו דמטעם איסור נגעו בה אבל אם עסק באומנותו הריוח לעצמו והרב ז"ל והרש"דם ז"ל מביאי' ראיה לדברי הרמב"ם ז"ל מסיפא דברייתא א"כ איך מביא הרש"דם ז"ל ראיה לנדון שלו דהוי סרסרות דהוי כמו אומנות גם על הרש"ך ז"ל ח"מ סי' קכ"ה שנשאל על שלשה שותפין שנשתתפו והתנו ביניהם שהשנים ישבו פה בחנות והשלישי ישלח להם סחורות ממקומו למכור פה בחנות והשנים שנשארו פה ליסב בחנו' א' נטפל בעסק המובאכירליק והרויח והאחר עשה יין והרויח ותובע השלישי חלקו ממה שהרויחו והשיב הרב ז"ל דהדין עמו מהא דתניא בתוספתא המושיב חבירו בחנות למחצית שכר אם היה אומן לא יעסוק באומנותו

לפי

לפי שאין עיניו בחנות בשעה שעוסק באומנותו קשה מ"מ אם מרישא דברייתא מייתי ראיה הרי גם אין הריוח לאמצע ואם מסיפא דברייתא מייתי ראיה אין ראיה למי שעוסק בתובשירליק שיהא הריוח לאמצע כיון דהתובשירליק דמי לאומנות שאינו מרויח אלא בגופו ודוחק לו' דהכי רבותא ס"ל דגם בזה אין אם עסק באומנותו דיחלוק הריוח עם חבירו דמ"ל הא דלא משמע הכי וכה"ג תיכנא גם על מהרש"ט ז"ל בספר ש"י דף ס' שכתב דראובן ושמעון שנשתתפו לזמן קצוב וראובן הרויח בביתו תוך זמן השותפות בבגדי' שעשה ותובע שמעון חלקו מה שנשתכר בבגדים שהדין עם ראובן שלא לתת חלק לשמעון שלא יכוייר שאם ראובן היה מפסיד בעסק הבגדים דהפסיד לעצמו והריוח יחלוק עם שמעון ומה יענה הרב ז"ל למה ששנו בתוספתא המושיב לחבירו בחנות למחצית שכר לא יהיה לוקח ומוכר דברים אחרים ואם לקח ומכר דברים אחרים הריוח לאמצע ומפרשי לה הרא"ש ורבינו ירוחם ז"ל אפילו בממון עצמו ומאי הרב ז"ל יתרץ דהאי כלן התוספתא דמוכר דברים אחרים בחנות השותפות מש"כ בנדון שלו שנשתכר בביתו

ושמעתי אומרי' שגם הרב מהר"ם מטיולו ז"ל בהגהותיו להרמב"ם ז"ל מכ"י שפירש מ"ש הרמב"ם ולא יתעסק בסחורה אחרת לכתחלה קאמר אבל אם עבר ונשא בסחורה אחרת הריוח לעצמו ולפי זה הרמב"ם ז"ל יליף דין זה מרישא דברייתא דאם היה אומן לא יעסוק באומנותו ומה התם לכתחלה דוקא אבל אם עבר ועסק באומנותו הריוח לעצמו אף כאן אם עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת הריוח לעצמו (הגה"ה אפשר שיהיה זה דעת הב"ח ע"כ הגה"ה) ולפי דבריו כ"ל דמ"ש הרמב"ם ז"ל עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת כל פחת שיבוא חייב לשלם לבדו ואם היה שם שכר השכר לאמצע האי עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת אינו כמו ולא יתעסק בסחורה אחרת אלא שהתנו להתעסק בחיטין וקנה שעורין או שנפרש ולא יתעס' בסחורה אחרת בה זכות אחרת ומ"ש למטה עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת להו היינו באומנות אחרת אלא שנשא ונתן בממון עצמו (הגה"ה ואפשר להעמיד זה בכלל דברי הב"ח ע"כ ההגה"ה) ואין לדברים הללו האחרים בעיני כלל שום כך

נראיתי עוד לרב ז"ל בב"י סי' הנז' סעיף הנז' שעל מ"ש הרמב"ם אבל אם נשתתף עם אחר בממון עצמו אם פחתו פחתו לעצמו ואם הרויח הרויח לעצמו כתב ומ"מ הלשון צריך ישוב דאם הם שותפין בממון שבידם אם הרויח אמאי הרויח לעצמו ואם אינם שותפין אלא בסך פ' פשיטא דמה שהרויח בשלו ממון דשלו הוא ואין לחבירו כלום וכ"ל דבשאינם שותפין אלא בסך פ' עסיקינן ואצטריך ס"ד כיון שאין לו להתעסק בסחורה אחרת מפני שמתבטל בעסק השותפות וה כי נתעסק בסחורה אחרת יהא הריוח לאמצע קמ"ל ע"כ

ומתהני דמשמע דאפי' נתעסק בסחורה אחרת בממון עצמו הריוח לעצמו ואלו לתעלה כתב דלהרמ"בם ז"ל דין התוספתא אפי' במשתתף מטעם דכל המתעסק בסחורה לא יתן עיניו כ"כ בעסק השתוף ומשמע דאי דאם נשא ונתן בסחורה אחרת הריוח לאמצע ואם אנו מפרשים דברי הרב ז"ל דמ"ש למעלה הוא לכתחלה שלא יתעסק בסחורה אחרת אבל אם עבר ונתעסק הריוח לעצמו כמ"ש למעלה בשם מהר"ם מטיוולו ז"ל ניחא (הגה"ה ונראה שכן דעת הב"ח שכתב כתב הב"י דהשותף אין לו להתעסק בממון עצמו בסחורה אחרת ומ"מ אם נשתתף עם אחר בממון עצמו השכר והפחת הכל לעצמו ולא אמרינן כיון שאינו רשאי להתעסק בסחורה אף אם היה שם שכר יהא באמצע קמ"ל ע"כ ההג"הה) ומיהו לפי מה שפירשתי למעלה דהרמב"ם ז"ל מסיפא דברייתא מייתי לה ואם עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת הריוח לאמצע איכא למימר דמ"ש למעלה שלא יתעסק בסחורה אחרת ואם נשא ונתן אפילו בממון עצמו הריוח לאמצע איירי במתעסק בגופו בסחורה אחרת דאיכא טעמא דכל שמתעסק בסחורה אחרת לא יתן עיניו על החנות אבל כאן מדבר בנשתתף אם אחר בממון עצמו אבל אינו עוסק בגופו דהשתא ליכא טענת ההתרשלות והן הם דברי הסמ"ע באות נ"ב לפי ע"ד ומ"ש הרב ז"ל כי נתעסק בסחורה אחרת יהא הריוח לאמצע ליכא קייטא הוא וה"ק כי נשתתף עם אחר ניחוש שמא יתעסק בסחורה אחרת קמ"ל (הגה"ה גם לדברי הב"ח איכא לפרש כן וה"ק ומ"מ אם נשתתף עם אחר בממון עצמו ולא נשא ונתן בגופו אלא שם הממון בשותפות עם אחר ע"כ ההג"הה) ויש לתמוה על הסמ"ע באות ל"ז שעל מ"ש הרב ז"ל בספר הקצר נשא ונתן בסחורה אחרת היה שם שכר השכר לאמצע כתב שהרי בהשעותיו הרויח וזה לא נתכוון בהשינוי לקנות בעצמו כו' ותימה דהלוקה זו לא איירי בנשא ונתן בממון השותפות אלא בממון עצמו ולא שייך טעם זה שכתב הסמ"ע ומקום יש להבין בדברי הסמ"ע אות ל"ד דגם הוא סובר דלא כתב הרמב"ם ז"ל ולא יתעסק בסחורה אחרת אלא לכתחלה לא בדיעבד דכי עבד הריוח לעצמו ולפי זה כשכתב עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת הריוח באמצע בנשא ונתן בממון השותפות איירי ומיהו פשטן של דברים כמ"ש דאף הסמ"ע ז"ל סובר דאף בממון עצמו אם נשא ונתן בסחורה אחרת השכר לאמצע ומ"ש הסמ"ע באות ל"ז לא קאי אמ"ש הש"ע השכר לאמצע גבי עבר ונשא ונתן בסחורה אחרת אלא אמ"ש וכן אם הלך ונשתתף בממון השותפות עם אחר אם הפסיד הפסיד לעצמו ואם הרויח השכר לאמצע והשופרים טעו וקבעוה אמ"ש למעלה השכר לאמצע

העולה מזה דלא מיבעיא דיכול ראובן המוחזק לומר קים לי כהרב בעל הטורים ז"ל שחולק על הרמ"בם ז"ל בת"ש ולא ישתתף בסחורה אחרת אלא אפי' לדעת הרמ"בם ז"ל יכול לומר קי"ל כמהר"י יפה ז"ל והחכם שהובא והרא"ם חלק ח"מ סי' קמ"ד שאינם מפרשים מ"ש הרמ"בם ז"ל ולא יתעסק בסחורה אחרת ברוצה לומר באומנות אחרת אלא שאינה במה שנשתתפו כגון שנשתתפו אדעתא דחטים ונתן המעות אדעתא דחטים ולקח שעורים ואפי' שיכרע כן בדברי הרמ"בם ז"ל כדעת הרב איכא שיכול לומר קים לי כמהר"ס טיולי ז"ל דלכתחלה קאמר אבל בדיעבד אם עבר ונתעסק בסחורה אחרת הריוח לעצמו באופן שאין מזאת הטענה שום חיוב לראובן

ואם באנו לחייב את ראובן ממה שכתב מהר"י קולון בשרש ד'. הביא דבריו הרב ז"ל בב"י חלק ח"מ סי' קע"ו דאפי' לדברי הרמב"ם ז"ל שהצריך כתיבת המעות לכיס היינו דוקא בתחלת השותפות אבל היכא שכבר היו שותפין מקודם מודה הוא שבכל תנאיהם קיימין בלא קנין וכ"ש בהיות התנאים שוים לשניהם דבההיא הנאה דסמכי אהדדי גמר ומקני ע"כ וכן נראה מדברי מהר"ך ז"ל ח"מ סי' קל"ט (הגה"ה גם הב"ח כתב דדברי מהרי"קו ז"ל נכונים גם מהר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סי' ז' והביא ז"ל תמהו על הרב ז"ל בב"י שדחה דברי מהרי"ק ז"ל ע"כ ההגה"ה) ולכאורה היה נראה מדברי הרב בעל הטורים ז"ל נמ"ש בסי' הנז' ס"ב וז"ל ונראה דה"ה אם כל א' מהן מעות של חבירו כו' שסוברת כמהרי"קו וליתא שדברי הרב בעל הטורים אינם אלא באותם המעות שהתחילו להתעסק בהם לא במעו'

ת שהכניסו

שהרויחו אחרי אחר השותפות וכן נראה מדברי הרב בספר הקצר ואיך שיהיה לדעת הגאון מהר"י קולון ז"ל היה נראה דבכ"י חייב ראובן לתת ריוח לשמעון במה שהרויח עם התוגר דכיון שכבר היו דותפים מקודם במ"ש ראובן לשמעון שיקים עינו על התוגר וילביש מעותיו בסחורה ויהיה הריוח לאמצע וכדברים האלה דבר לו פעמים שלש בלא קנין קנה וגדולה מזו הרב הגו' בסרש קפ"ב הביאו הרב ז"ל צ"י הנז' לדברי הראב"ד והמרדכי אפי' בתחלת השותפות אין צריכין קנין ובדבור בעלמא קנה בלא קנין ואין א' מהם יכול לחזור בו וכתב הרב ז"ל בב"י בשמו שכן נראה מדברי הרב בעל העיטור ז"ל וכ"כ בנימין זאב סי' ש"פ אין מכל זה טענה לחייב לראובן דאע"גב דלדעת הראב"ד והמרדכי אפי' בתחלת השתוף אין צריך קנין ופסק מהר"י קולון ז"ל כותייהו וכן פסק בנימין זאב סי' ש"פ וכן נראה מדברי הרב ז"ל בב"י שהביא דברי מהר"י קולון ולא דחאם כמו שדחה דמ"ש דאפי' לדברי הרמ"בם ז"ל כשהיו שותפין מקודם אין צריך קנין גם הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קע"ו כתב דראוי לעשות מעשה כמהרי"ק ז"ל (הגה"ה וכן פסק מהר"ש הלוי ז"ל חלק ח"מ סי' ז' ע"כ הגה"ה) וכן ראיתי להרד"בז ז"ל בתשובה דברים מראים שתופ' כהראב"ד ז"ל והוא מן התימא היאך תפס כהראב"ד בארץ המערב נגד הרמב"ם ז"ל דהוא מריה דאתרא מ"מ הרי"בש ז"ל בסי' ע"א פסק כהרמב"ם גם הרב ז"ל בספר הקצר פסק כהרמב"ם ומהריב"ל ז"ל בס"ב סי' כ"ג והרשד"ס ז"ל בחלק ח"מ סי' קכ"ד ורע"ד ושכ"ה ותי"ג כתבו דיכול המוחזק לומר קים לי וכן יש להוכיח מדברי מהרש"ך ח"א סי' קכ"ה (הגה"ה וכן כתב הראד"ב ז"ל בתשובה כ"י סי' ק"ן ומה"רר עזריה יהושע ז"ל בתשובה כ"י וכן נראה בתשובה כ"י למהר"א מוטאל ז"ל ע"כ ההג"הה) וכיון דיכול המוחזק לומר קים לי יכול ראובן לומר קים לי כהרמב"ם ושיטתו דאינו משתעבד בדברים בעלמא

גם מ"ש הרב מהר"י קולון ז"ל דהרמב"ם ז"ל מודה דאם היו שותפין מקודם דלא בעי קנין הרב ז"ל בב"י סימן הנז' חלק עליו וכתב ואין נראה לי שהרמב"ם ז"ל יסבור כן וכ"כ הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סימן רע"ג ותי"ג (הגה"ה גם מהר"ש יונה ז"ל בתשובה סימן ל' כתב ואחר שהרבנים הגדולים הסכימו לדעת אחד מי הוא זה אשר יערב את לבו לגשת כנגדם ע"כ הגה"ה) וכיון דהוי פלוגתא דרבוותא ראובן המוחזק יכול לומר קי"ל כהרב והרשד"ם ז"ל

ועוד אני אומר דאפילו הרב מהר"י קולון ז"ל לא אמרה אלא בשותפין שנשתתפו לזמן קצוב דאפי' בלא קנין קנו ואין יכולין לחזור בתוך זמן השותפו' אבל בשותפין שנשתתפו סתם או לזמן קצוב ועבר הזמן פשיטא דיכול לחזור בו שהרי אפילו נשתתפו בקנין סתם או אפילו בקנין לזמן קצוב ועבר הזמן יכולין לחזור בהם כמ"ש הר"ס במז"ל בפ"ד מה"ש וטור ח"מ סימן קע"ו כ"ש כשנשתתפו בלא קנין כ"ש לדעת רבינו ישעיה ז"ל שכתב הטור בסימן הנז' סעיף ל"ג דנראה מדבריו דאפילו נשתתפו לזמן קצוב יכול לחזור בו אחר הזמן וכתב גם הרב ז"ל בב"י שכן דעת התוס' והרא"ש וכ"י ז"ל

ועוד נ"ל דלא אמרה מהרי"ק ז"ל אלא דוקא בתנאים שהתנו בעסק השותפות הראשון אבל בבאים לעשות מחדש שותפות בעסק אחר כל"ד כתחילת השותפות מיקרי ובלא קנין דברים בעלמא הם ויכול לחזור בו וזה נראה פשוט בעיני

ואם באנו לחייב לראובן במה שאמר לו שלא ירויח עמו בשלבשה ואין לך מבטל כיסו של חבירו יותר מזה לאע"ג דתניא בתוספתא והביאוה הרי"ף והרא"ש בפ' איזהו נשך הנותן לחבירו ליקח לו פירות ולא לקח לו אין לו עליו אלא תרעומת הרי מסיימינן בירושלמי ואם ידוע שלקח מוציא ממנו בע"כ וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה"ש נראה לי דאין כאן חיוב לראובן דהתם שאני שלקח במעות המשלח וכמ"ש בעל מתיבות והסכימו עמו הרמב"ן והרשב"א והר"ה ורבינו ירוחם והר"ן ובעל העיטור אבל הכא בנ"ד שראובן לא לקח מעות משמעון ולא חסריה מידי הע"פ שאמר לו שלא ירויח והוא הריוח אח"כ אין לשמעון חלק בריוח כלום דאין זה נקרא מבטל כיסו של חבירו ועוד דשאני התם דהזוזים ביד השליח ואין המשלח יכול להרויח בהם כלום כל זמן שהם ביד השליח אבל הכא שהיה ביד שמעון להרויח ולא הרויח איהו דאפסיד אנפשיה ואע"פ שאמר לו ראובן שלא ירויח היה יכול להרויח שלא מידיעת ראובן או יכול לומר ראובן מעטה הייתי כך באופן דכל שלא היה השיתוף כדעת הרמב"ם ז"ל יכול לומר ראובן קים לי כדעת הרמב"ם כיון דלא היה קנין בדבר בדבר דמהני קנין או הטלת לכים בדבר דלא מהני קנין

ומה שטען שמעון שמה שלא חזר לקנות מידו של ראובן מפני שסמך על הקנין והשבועה שהיתה ביניהם קודם זמן השותפות וגם כי אחרי כן התרה בו והבטיהו בדברים כמשפט הראשון כמה לא חלי ולא מרגיש האי גברא שהקנין והשבועה של שער השותפות מה יועיל למה שאמר לו שהריוח לאמצע כמו שבארנו ועוד דאפילו קנו מיד ראובן על דבר זה אין זה שותפות כלל דאין אדם מקנה דשב"ל אפילו בקנין כמ"ש הרב ז"ל בפ"ד דשותפין והרמב"ן בהידושי בתרא ואע"פ שיש חולקים עליהם כמו שיתבאר כיון שראובן מוחזק יכול לומר קי"ל כהרמב"ם והרמב"ן

והוי יודע שהראב"ד ז"ל בהשגות חלק על הרמב"ם ז"ל ופוכר דיכול להקנות עצמו בקנין כדין עבדים וכמש שמלינו באומר יקדשו ידיך לעושיהן וכתב הרב ז"ל בכ"מ ובב"י ראש סימן קע"ו על דברי הראב"ד ז"ל וי"ל דלא דמי עבד משום דהתם משתעבד גופו בבריא אבל כאן אין משתעבדין זה לזה בפירוש ומה שדלה לדמותו ליקדשו ידיך אין הנדון דומה לראיה דהתם מתורת קיום הנדר נגעו בה וכמ"ש רבינו בה"ת ובפ"ו מהלכות ערכין ע"כ וכתב מהרש"ף ז"ל ח"א סימן קכ"ה

ולא זכיתי להבין דברי הרב ז"ל כי הנה מתחלת דבריו נראה שאם שעבד גופו בפירוש דמהני בדין העבד ובשותפין היינו טעמא דלא מהני משום דלא שעבדו גופם בפירוש ואח"כ כתב ומה שדלה הראב"ד ז"ל להשוותו ליקדשו ידי לעושיהן אין הנדון דומה לראיה דהתם מתורת קיום הנדר נגעו בה ירצה דאפילו שעבוד גופו לא מהני בעלמא דמאי דמהני ביקדשו ידי לעושיהן הוי מתור' קיום הנדר ועוד קשה במ"ש דמאי דמהני יקדשו ידי לעושיהן מתורת קיום הנדר נגעו בה ואמר שכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה' ערכין ולא ידעתי איך יכוון זה מתחת ידי הרב ז"ל כי יקדשו ידי לעושיהם לאו דינא ודייקא הוא דמהני כיון דידים איתנהו בעולם לא מקרי דשב"ל ומעולם לא כתב הרמב"ם ז"ל זה רק כשאמר אדם על דשב"ל הרי עלי להקדישו כשיבא בעולם באופן כי כל דברי הרב ז"ל צריכין לי עיון ע"כ

והרב בעל ל"מ כתב עליו מה שהקשה שדבריו סותרים אלו את אלו אין כאן קושיא כ"כ דמ"ש אחר כך ומה שדלה להשוותו כונתו אע"ג דיש נטעם האמור דהוא משתעבד גופו בהדיא מ"מ איכא טעמא אחרינא שהוא מתורת נ"ר אבל הקושיא האחרת קשיא ע"כ

ואיברא שהדברים לפי פשטם במו שהבינום מהרש״ך והרב בעל לח״מ הם תמוהים הרבה ושן הגמגע שרבן של ישראל ושבי התשובה כתשלם לו זה מעיניו ונראה עוד להקשות על הרב ז״ל לפי מה שהבין מהרש״ך ז״ל דאיך כתב דאפשר דדעת הרמב״ם ז״ל דס״ל דשאני התם דמשתעבד גופו כו׳ ולמה כתבו בלשון אפשר ומוכרח הדבר להאמר בדברי הרמב״ם ז״ל דמק״ו דיקדשו ידי לעושיהם נפיק דאי משתעבד דלא הוי דשב״ל ואפשר שקושיא זאת נכללת בקו׳ הראשונה של מהרש״ך ז״ל

ומה שלבי חושב ודעתי גומר בדעת הרב ז״ל הוא דהתם בפרק אע״פ אמר ר״ה א״ר יכולה אשה שתאמר איני ניזונת ואיני עושה ופליגא דר״ל דאמר לא תימא טעמא משום דקסבר אדם מקדיש דשב״ל אלא טעמא דר״מ מתוך דיכול לכופה על מעשה ידיה נעשה כאומר יקדשו ידי׳ לעוש׳ והא לא אמר הכי כיון דשמעינן לר״מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן ע״כ הגמ׳ של השמועה. ונחלקו בפי׳ הרמב״ם והר״ן ז״ל דלדידן דקי״ל דיכולה אשה שתאמר איני ניזונית ואיני עושה ל״ה אם לא אמר בפירוש יקדשו ידיך לעושיהם דעושה ואוכלת והמותר חולין או אפי׳ אמר בפירוש יקדשו ידיך לעושיהן לא מהני דלאו דידה הוא כיון שהיא יכולה להפקיע עצמה משעבודו אבל דעת הרמב״ם ז״ל דלכ״ע באומר בפי׳ יקדשו ידיך לעושיהן הרי הן קדש אבל באומר שמקדיש ידי אשתו ואינו אומר בפירוש יקדשו ידיך לעושיהן לר״מ דאין אדם מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן והרי הן קדש דלא קי״ל כוותיה אלא קי״ל כרבנן דאדם מוציא דבריו לבטלה כמ״ש הרמב״ם ז״ל בפ״א מה״ע ולכן פסק בפ״ו מה׳ ערכין המקדיש ידי אשתו הרי היא עושה ואוכלת והמותר חולין אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן הואיל וכן משועבדין לו הרי כל מעשיה קדש ע״כ והדבר מבואר דלא פ״ז מעשיה יהיה קדש אלא מפני שהן משועבדין לו דאע״ג דיכולה לומר איני ניזונית ואיני עושה מ״מ כל עוד שהיא ניזונית ממנו הרי מעשיה ידיה משועבדין לו אמר מעתה דבשותפין דאין מעשה האחד משועבדין לחבירו אף אם אמר ידי משועבדין לחבירו לא קנה דאף אם אמר יקדשו ידי לעושיהן אין מעשה ידיה קדש דאינו דומה לאומר לאשה יקדשו ידיך לעושיהן דהוי קדש דהתם היא משועבדת לו ואינה תלויה ברצונה לומר לא אעשה אלא דוקא אם תאמר איני ניזונית כו׳ אבל כל עוד שאינה אומרת שאיני ניזונת אינה יכולה לומר לא אעשה אבל ידי אדם אינן משועבדין בככר דאם אינו רוצ׳ אינו עושה מלאכ׳ ומ״ה אם אמר יקדשו ידי לעושיהן חייב לקיים משום נדר וזהו כוונת הרב במ״ש דהתם משו׳ נדר נגעו בה כלומר דלא מצינו מן הדין קדש אלא באשה שמעשה ידיה משועבדין לבעלה אבל באומרת יקדשו ידי לעושיהן אינו מן הדין אלא מטעם נדר ובהכי ניחא להריב״ל ז״ל שנסתפק אי הרמב״ם מודה שמתחייבין לזה או חולק

ולכאורה אין מקום להסתפק כן בדבריו כיון דבפירוש כתב דבאומר יקדשו ידי לעושיהן דלא הוי מקדיש דשב״ל משום דידים ישנן בעולם כ״ש במשתעבד גופו דהגוף ישנו בעולם וכ״ש קשה למהרש״ט שהסכים דהרמ׳ במ״ל חולק אף במתחייבים זה לזה ולפי מ״ש ניחא דלא כתב הרמב״ם ז״ל דיקדשו ידי לעושיהן מעשה ידיה קדש אלא באומר כן לאשתו אבל באיש האומר יקדשו ידי לעושיהן לא קדש אלא מטעם נדר ובשותפין דליכא טעם נדר לא מהני

כלל העולה דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא אי מהני קנין או לא יכול ראובן המוחזק לומר קים לי כהרמב״ם ז״ל דלא מהני עוד אחרת יש בנדון דידן שבעוד שיותן שמעון רבוע בבית האסורים הלך ראובן לויניציא והרויח מה שהרויח וה״ל שותף שחלה או נאנס ולא נתעסק בשותפות שאין מן הדין שהאחר ירויח ויתן לו חלקו אפילו קנו מידו בשעת השיתוף כמ״ש הרב ר׳ יורהן ז״ל בתשובה שהביאה הרב ז״ל בח״מ סימן קע״ו

ויש לתמוה על זה דהא תנן בפרק מי שמת חלה מתרפא משלו ומוקמינן לה בנגררא בשלה בפשיעה אבל באונס מתרפא מן האמצע וי״ל דהתם איירי בשמתעסק השותף באותו אומנות השאר שותפין בטלין וכדמפרש לה רבינו יוסף הלוי ז״ל שכתב הרב בעל הטורים ז״ל סי׳ קע״ג ס״ג והרשב״א ורבינו ירוחם ז״ל בנ״ב ח הביא דבריהם הרב בשי׳ הנז׳ וכתבו גם אבל שני שותפין המתעסקין בסחורה או באומנות וחלה א׳ מהם אפילו באונס מתרפא משל עצמו כו׳ והכא נמי הרשב״ץ ז״ל מדבר בשני שותפין שמתעסקין בסחורה אן באומנות ולכן כתב שאינו נותן לו מה שהוא מרויח אי נמי דלענין הריפוי מתרפא מן האמצע דשותפין נינהו אבל ליתן לו מה שמרויח חבירו בעודו חולה לא וכ״ש כשהשבח יתירה על הקרן וזה דוחק

וראיתי בספר משפט צדק ח״ב סימן י״ו מוקי הך דהרשב״ץ ז״ל בשותפין שנשתתפו בעסק משא ומתן שיקחו משל אחרים מכאן ולהביא בהקפה משום דלא תיקשי למה כתב דאפילו קנו לא מהני ולפי דבריו נוכל לומר דמתני׳ דחלה באונס דמתרפא מן האמצע שנשתתפו בממונם והרשב״ץ ז״ל איירי בנשתתפו בעסק משא ומתן שיקחו משל אחרים בהקפה מכאן ולהביא (הגה״ה גם להרא״ב מצאתי דמוקי הך תשובה דהרשב״ץ ז״ל בשותפין שנשתתפו במלאכת ידם דבנשתתפו בממונם אפילו חלה נוטל חלק בריוח ובלבד שיטול המתעסק שכ״ט דאין סברא שיעשוק בממונו של זה ומפני שזה אינו יכול להתעסק מכני שהוא אנוס או חולה יטול כל השבח הא ודאי לא יעלה על הדעת אלא שמין לו שכר עמלו והאחר יתן ע״כ ולפי דבריו נוכל לו׳ על הדרך שכתבתי בפנים למשפט צדק דמתני׳ דפרק מי שמת דמתרפא מן האמצע היכא שחלה באונס איירי בשותפין שנשתתפו בממונ׳ והרשב״ץ ז״ל איירי בשותפין שנשתתפו למלאכת ידם אך קשה דאם הא בהא תליא דמתרפא מן האמצע נוטל חלק מן הריוח וכשאינו נוטל חלק מהריוח מתרפא משל עצמו הך קושיא דקשיא ליה להרא״ב ז״ל על הרשב״ץ ז״ל אי איירי בשותפין שנשתתפו בממונם תיקשי ליה עמ״ש ר״י גם הרשב״א ז״ל בנ״ב בשני שותפין שמתעסקין בסחורה או באומנות וחלה אחד באונס מתרפא משל עצמו ע״כ ובשלמא בשותפות באומנות ניחא אבל במתעסקים בסחורה קשה ולמשפט צדק אף במתעסקים בסחורה ניחא דמיירי בסחורה שיקחו מאחרים בהקפה מכאן ולהבא ואם נאמר דהרא״ב ז״ל יודה בזה ניחא אבל אם נאמר שחולק על זה מוכרח לומר דלאו הא בהא תליא דאע״ג דמתרפא משל עצמו נוטל חלק בריוח וכן מצאתי למהרש״ך ח״א סימן קס״ו ולמהר״מ מטראני ז״ל ח״ב סימן קפ״ה כתבו דחלה בפשיעה אע״פ שמתרפא משלו נוטל חלק בריוח ע״כ ההגה״ה)

ואם באנו לחייב את ראובן מת״ש הרשב״א ז״ל בתשובה הביאה הרב ז״ל בב״י סימן קפ״ג שאלת במי שאמר לחבירו בא וקח בגדים שבבית לוי ונהיה בינינו בשוה והלך זה ולקחם ואח״כ חזר בו חבירו ואמר אין לי חלק בהם ואיני רוצה לא בהפסדן ולא בשכרן תשובה הדין עם הלוקח ועל כרחו של שני יפרע חלקו שאליה שויא כו׳ ע״כ

והדבר

והיינו פשוט דכי היכי דאינו יכול לחזור בו שלא יהיה לו חלק בריוח או בהפסד הכי נמי האחר אינו יכול לומר לו איני רוצה ליתן לך חלק אלא הכל יהיה שלי כ"ל דאין הנדון דומה לראיה דשאני התם דהלוקח היה מעות לשכר ולהפס' דהפסד דבגדים אלו לקחם במנה ואינם שוים אלא א' ונמצא שיש ללוק' הפסד וכמו שהוא מעותד להפסד העותד נ"כ לשכר אבל בנ"ד שמעון לא היה מעותד להפסד אלא שאלה כנין שילבים מעות התוגר בסחורה כיון שלא קנו מידו יכול ראובן לומר מטעה הייתי בך וכל מה שהרוחתי לעצמי הרוחתי

אבל מצאתי זכות לשמעון לחלוק הריוח עם ראובן והוא כיון דראובן אמר לשמעון שילבים מעות התוגר ולא ירויח עמו כלום וא"כ במה שירויח הוא עם הגוי חלק כחלק יאכלו כל שמעון עשה מה שלוה לו לוי. זכה במה שנדר לו מדין שליחות דאינו צריך קנין כמ"ש בהגהו' מרדכי דקדושין שמעון שנדר לראובן עשרה זהובים שידבר לשר וא"כ לא רצה שמעון ליתנם לו באומרו שלא היה שם קנין והשיב המורה שחייב ליתן לו דה"ל כפועל ואין צריך קנין והביאו תשובה זו הרב ז"ל בב"י חלק ח"מ סי' קפ"ה נחושין ז' ומהר"ם מטראני ז"ל בח"ב סי' כ"ו וח"ג סי' ס"א וכ"כ בתשובות מיימוניות דשייכי לספר קנין סימן כ"ב הביאוה הרב ז"ל בסי' רס"ד ומהר"ם מטראני ז"ל בסימנים הנז' ובהגהות מיימוניות פ"ט מה"ש והבי' מהר"ם מטראני ז"ל בסי' הנז' הרי דאפי' בשליחות דברים אם קיים השליח מה שצוה לו המשלח חייב לשלם מה שהתנה עמו בלי שום קנין הכא נמי בנדון דידן שלח ראובן לשמעון שיעשה שליחותו שילבים המעות לגוי ונדר לו בשכר זה שכל מה שירויח הוא עם הגוי יחלוק עמו כל שעשה שמעון שליחותו נתחייב ראובן לתת לו מה שנדר לו הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קל"א

איזמיר שנת הת"ד להחכם השלם הרב כמה"ר עזריה יהושע נר"ו

שאלה שלוי אחים תושבי עיר דמשק נשתתפו והיו לאחדים עם ראובן תושב ארם צובה בשטר להתעסק שנה אחת וראו' שם לקרן קיים מאתים גרוש' ושמעון ולוי שמו כל אחד מהם ארבע מאות גרוש' באופן שעלה הקרן בין שלשתם אלף גרוש' והוברר ביניהם שאם עוד יוסיפו על הקרן יוסיפו על הערך הנז' שראובן ישים אחד ושמעון שנים ולוי שנים ושמעון ולוי היו מלבישים המעות בסחורה העוברת בעיר ראובן והיו שולחין לראובן שימכרנה בעירו והמעות היה שולח ליד שמעון ולוי ויהי היום ראו שמעון ולוי תושבי עיר דמשק שאין די באלף גרוש' להסתחר בעסק זו ושהיו צריכים לאלפים גרוש' אחרים או לשלשת אלפים אחרים ולקחו מגוי אחד שלשה אלפים גרוש' בריוח עשרה למאה. ולפי דברי שמעון ולוי הגוי היה מתחסד ולא היה רוצה ליתן ברבית קצובה ונתן להם עם המעות סחורה אחת והוסיף בשוויה כשיעור הריוח והרכיב הכל לקרן ושמעון ולוי נטלו המעות מן הגוי והלבישום בסחור' ושלחוה לראובן ובכלל הסחורות שלחו סך כך ליב'ראש מפני ויהי כראו ראובן שלקחו מעות ברבית ושלחו בכלל הסחורות משי שהיא סחורה הנתכרת בחנותם של שמעון ולוי גם שלחו סחורה וסחורות שריוח שלה לא יגיע לפרוע הריוח מן המעות ברב או במעט כתב לשמעון ולוי כתב תלונות שלא טוב עשו ליקח ברבית ולהלבישם במשי שאין בה שום הנאה בפרוע ריוח המעות גם בסחורות אחרות שלא היה בהם תועלת כי אם מעט מזער וטוב היה שישלחו לו מסחור' אחת שבלחו בתוך האמו' שהיה בה ריוח הרבה חוץ מן הרבית וכתב בסוף הכתב ההוא שישלחו כך וכך סחורה אף אם יקנו המעות ברבית ונשאו ונתנו השותפים הנז' עד מלאת להם שנה תמימה שהוא זמן הקצוב בשטר ובמלאת השנה נסע לוי מעירו ובא לעיר ראובן לברר חשבונותיהם ואמר לראובן שאחיו שמעון היה במצור ובמצוק מפני נושיו שלמען ה' ישלח לו מעות ככל הבא מידו כדברים האלה היה מדבר לוי לראובן יום יום זה ימים או עשור שישב בעיר ראובן וראובן בתם לבבו האמין ללוי ולא עלה על לבו שבקרבו ישים ארבו לעשות חונף כמו שנתגלה אח"כ ועם היות שהב"ח שהיו חייבים לו ממעות החברה היו חייבים לו לבדו שלא היה נכנס בעסק החברה כל מה שהיה שהב"ח הן רב הן מעט היה שולחם לשמעון בשביל החברה ולא היה משאיר לעצמו מאותו גביה שיעור המגיע לו לחובותיו אלה ראשה וזה דרכו עשרה חדשים שישב לוי בבית ראובן גם מלקדמין קודם בא לוי לעיר ראובן לא היה מדקדק עם חביריו בזה והיה שולח להם יותר ממה שגבה בעד החברה באופן שמעת הניטו וזמן גביית החוב עד יום שנסע לוי מעיר ראובן וחזר לעירו שהוא קרוב לשנה אחת מ"מ היו ממעות ראובן בתוך החברה חמש מאות גרוש' או לפחות ארבע מאות גרוש' לסוף עשרה חדשים מביאת לוי לעיר ראובן באו לחשבון ראובן ולוי ומתוך החשבון ראה ראובן שלוי כוונתו ומחשבתו היה לקחת שופרי שופרי ושישאר לראובן כל גרוע וכל זב מהחובות וכראות ראובן זה נתמלא חמה ויאמ' בלבו היאמן כי יסופר לשלם רעה תחת טובה אני לא הייתי מדקדק עמהם והייתי שולח להם כל מה שהייתי גובה ולא השארתי לעצמי ולוי רוצה להשאיר לי כל גרוע וכל זב כאשר עשה כן אעשה לו ותלכד שנפרע ממה שהיו חייבין לו גבה מן החובות סך מה והלבישם בסחורה אחת בעדו ובשמו כאשר ידוע לכל ושלח הסחורה ההיא ליד יהודה להלבישה בסחורה אחרת וזה האיש יהודה היה יושב בעיר ששמעון ולוי יושבים וכתב ראובן ליהודה שאם שמעון ולוי יקבלו הסחורה ההיא בסך כך יתננה להם ויקח כתב קבלה מידם ואם לא ירצו לקבלה שיחליפ' יהודה בסחור' אחרת ואותה סחורה ישלחנה ליד ראובן ביני וביני נסע לוי מעיר ראובן וחזר לעירו ושמע שראובן שלח הסחורה הנז' ליד יהודה ולא שלחה לידם ובאון ובמרמה כאשר נתגלה אח"כ כתב לוי לראובן כתב תלונות היתכן שלא היו נאמני' בעיניך ששלח הסחורה ליד יהודה ולא שלחה לידם וראובן להיותו שעלה על דעתו אולי כונת לוי להרע וליד כפיו הסכי' לקחת הסחורה מיד יהודה וליתנה ליד שמעון ולוי כי אמר אף אם כונתם להרע הנה תחת ידי כפלים מהסחורה ההיא ממעות השותפות וכתב ללוי שלא מפני היותם בעיניו קטני אמנה שלח הסחורה ליד יהודה אלא מפני שיהודה בר הכי הוא להלבישה בסחורה אחרת וכ"כ הפצירו שמעון ולוי בראובן עד שכתב ליהודה שימסור הסחורה הנז' ליד שמעון ולוי ועל פי כתבו של ראובן מסר יהודה הסחורה ליד שמעון ולוי וכתב ראובן לשמעון ולוי שאם היו רוצים לקבלה בסך שכתב ליהודה הרי טוב ואם לאו ילבישוה לחשבונו בסחורה אחרת וישלחוה פה בידו ושמעון ולוי כתבו לראובן שלא היו מקבלים אותה לחשבונם כי אם בעדו ובשמו של ראובן יחליפוה וישלחו החליפין ליד ראובן כזה וכזה כתבו פעמים שלש לראובן כאשר כתבו בפעם הראשונה והכתבים הם ביד ראובן אחר עבור כשש חדשים חזר לוי ובא למקום ראובן ואמר ראובן ללוי אם קבל הסחורה בעד הסך הנז' ואמר שלא קבלה עדיין ולא עוד אלא שלא לקחה עדיין מיד יהודה ועם היות שידע ראובן בבירור שזה כשלש חדשים לקחה מיד יהודה כאשר

כתב יהודה לראובן וכאשר נתגלה אח"כ שהודה לוי ולא בוש אתי ללוי תן לי כתב מידך לאחיך שמעון שאם ישנה הסחורה בידו שיתננה ביד יוסף ושאם אינה ביד שמעון כי אם ביד יהודה שיאמר ליהודה שיתננה ליוסף עשה עצמו כאלו לא ידע שישנה ביד שמעון וכן עשה לוי ונתן ביד ראובן כתב לאחיו שמעון שיתן הסחורה ליוסף ולמטה מאותו כתב כתב ראובן לשמעון שהנה אחיו לוי כתב שיתן הסחורה ליוסף ידיע ליהוי ליה שאם לא יתננה בו ביום ליוסף עליה דידיה הדר בסך שכתב ראובן ליהודה ולהם כי הסחור' עולה ויורדת היא תותן לומן ואם לא יתננה עכשיו אולי תרד משוייה והראה הכתב לעדים כדי שלא יכחיש שמעון בכתב ההוא ונתן הכתב ביד אחד מן העו"ים שיוליכה לשמעון וכתב ראובן כתב אחר ליוסף שיקח הסחורה מיד שמעון ע"פ כתב לוי וע"פ כתבו ואמר שיאמר לשמעון כי אם לא יתננה בו ביום עליה דידיה הדר בסך הנז' מהטענה הנז' וכפי הנר' שמעון ולוי אחים כלי חמס מכרותיהם והיו באים על ראובן בעקי' וכתב לוי לאחיו שלא ימסור הסחורה ליוסף שראובן היה חייב להם סך כך על פי האזהרה בא כתב אזהרה משמעון לאחיו שיאמר לראובן כי איך יתן הסחורה ליוסף והוא חייב להם סך כך והכתב ההוא לא ראהו ראובן כי אם על פי לוי שהגיד. לזבולון וזבולון הגיד לראובן ועם השיירא ההיא שבא תשובה משמעון ללוי לא בא תשובה משמעון לראובן ולא מיוסף לראובן והיו שופטי ראובן ואחוזת מרעיו ששמעון אחיו של לוי קבץ כל הכתבים ולא הראה כתבים ששלח ראובן ליוסף ולא הכתב ששלח לוי לאחיו שיתן הכתב ביד שמעון אחר ט"ו ימים בא כתב מיוסף לראובן שהיה כותב לו איך בכתב אחרת שלח לו לאמר שדבר עם שמעון על ענין הסחורה והשיב שמעון שלא היה הכרח לתתה כי הוא כבר השיב לראובן פעמים שלש ועל פי הדברים האלה שפט יוסף שקבלה עליו שמעון וראובן עם שעלה בדעתו שהכתב ההוא קנוניא בין שמעון ויוסף ומה היא הקנוניא שבעת הגעת השיירא לא נתן שמעון הכתבים ליוסף כי אם אחר נסיעת השיירא ואמר לו שמעון ליוסף כבר כתבתי לראובן תשובה על זה ועל פי הדברים האלה השיב יוסף לראובן מה שהשיב או בקנוניא או בתום לבבו הוכיח ללוי ואמר הוכח שבדין עשו מה שעשו כך היא דרכן של ת"ח לעכב סחורה שהיא עולה ויורד לאיש מוחזק בכשרות ות"ל לא איש אלא הוא או כשבר שיעכבו הסחורה בשביל טובו וגרמו לו נזק ואף אם השירו שקוה הבושה מעל פניהם למה כשבא הסחורה לידם לא גילו לראובן שהיו רוצים לעכב סחורתו והוא היה פורע להם תכף ומיד ולא היתה הסחורה כבושה מתחת ידם סחור' שהיא עולה ויורדת ועוד כשדרש ראובן מלוי כתב לאחיו שיתן הסחורה לשמעון למה לא גילה לו שרוצים לעכבה שראובן ואז או היה פורע לו או היה אומר שיעכבוה בידם ועוד אבילו לפי דברי יוסף ושמעון שבאו הכתבים ליד יוסף למה כשבא יוסף הסחורה משמעון לא השיבו שמעון שמעכבה בשבילו ולא שהשיב לו שכבר הוא השיב לראובן ועל פי דבריו הבין יוסף שנתפשר עם ראובן ולא רצה שיתן לו הסחורה ועוד למה לא הראה הסחורה ליוסף שזו הוראה שהסחורה אינה בעין ולהוכחה כיתכה ביד שמעון ובודאי דעליה דיליה הדר בסך שכתב ראובן וכראות ראובן הגיד הגחל' שעשו שמעון ולוי וסכל מעשיהם הם בעקבה גלגל על לוי יוצאות רבות ראוי להבון שאינו רוצה לפרוע חלקו מהרבי' מאותם שלשת אלפים גרוש' שלקחו מהגוי ברבית שהלכה רווחת שכל שהגוי אינו מכיר ללוי אסור ליקח ממנו רבית ואף אם ת"ל שבהכשר עשו ע"פי שבועתם מי יודע אם קנערכו ליקח מפי נהגותם לעטר סגותם ומאותו הרבית

גלגלו ג"כ על ראובן ואף אם יכשנו על זה מי אמר להם קחו ברבית לשלוח הסחורות שאלו שלא היה בהם תועלת כ"כ ונכללם מפי שהוא דבר הנמכר בהגותם כאשר כתב להם בכתב שביד לוי שהראה אותה לעדים לענין אחר ואינו יכול לוי להכחיש אותה ועוד למה זה הוליאו הרבי' מאמצע ואח"כ לקחו שהרי מעות אלו שלקחו ברבית היא הוספה על הקרן והוברר ביניהם שכל מה שיוסיפו בקרן יהיה על זה האופן ראובן חלק אחד ושמעון ולוי ב' חלקים וכיון שכן יתפרע הרבית כפי הקרן עוד טוען ראובן ששמעון ולוי היו שולחים לו המשי לערך קמ"ח לבנים עם עשרים למאה ממשי שחור וכל סוחרי המשי היו לוקחים אותה לערך ק"מ עוד טוען ראובן שהוא היה קאש"ה ומנהג הסוחרים לפרוע למי שהוא קאש"ה חצי למאה ורוצה להתפרע החצי למאה השיב לוי שיש בידו כתב מראובן שהיה כותב בכתב ההוא לשמעון כל מה שיחסר ממעות הנותפות עלי דידי הדר לכי שנעשתי קאש"ה השיב ראובן אחשוב שלא הר"ס ולו יהיה כדבריך מה לתבן אל הבר אם כתבתי שאם יחסר מהחברה עלי דידי הדר הוא אם יחסרו מסך דמי המכירה בשבל אם יחסרו עשרת אלפים גרוש' מדמי המכירה לא יהיה ההפסד על כולם כי אם עלי לפי שנעשתי קאש"ה הואיל ואילי יכול לברר שממעות החברה חסרו אמנם מה שדרך הסוחרים לגבות חצי למאה למי שהוא קאש"ה אף אם לא יהיה בחברה חסרון יוכל להתנות כי אם בעד הוצאות שאיפשר שהוציא בעל הקאש"ה ושכחם ולא שם אותם בחשבון ההוצאות זה לא עלה על דעתי לעולם והנה עיניך רואות שעשינו חשבון ולא נכנס בחשבון כשש מאות לבני שהשכחה מצויה ואח"כ מתוך החשבון בכתבי נתגלה לו אותם הוצאות וכמו ששכחתי אלו ההוצאות איפשר ששכחתי אחרות כל שכן שאין צורך לזה שמנהג הסוחרים לגבות חצי למאה אפילו מבלי ידעו ששכחו לשים בהוצאות דבר מה עוד טוען ראובן שהנה לוי הרכיב לו סך כך שהוא חייב לו מכ"כ גרוש' שנכנסו בידו ונפרע מהם גרוש' ריאלים וכפי האמת שני אלפים גרוש' או לפחות אלף ות"ק גרוש' נכנסו לידו ממעות דקים כאשר הדבר ידוע לכל בני העיר ולוי ג"כ אינו יכול להכחישו ואותו הטפאויט תאשו לגרוש' רוצה לנכותו מהשטנו עוד טוען ראובן ששמעון ולוי שלחו לראובן שמנה מאות ושש ליטרין משי וכשבאו לחשבון ראובן ולוי לא נמצא בכנקא ראובן כי אם שבע וחמשים וט' מכורות וארבעים ושבע לא נמצא ונכרונס לא בע"פ ולא בכתב שאינו רוצה לפרעם השיב לוי לראובן כבר יש בידי כתב מידך שכל מה שיחסר מן החברה עלי דידך הדר ומי יודע אם מכרת אותם והמעות נכנסו בידך ואפי' נניח שנגנבו המעות כבר נתחייבת בחשיר ויתיר השיב ראובן אם כל הליטרין היו נכנסין לידי יפה אמרת אמנם עד בואך שלחת לי ת"ק וכ"ד ליטרין מ"כ ואחר בואך הבאת כמאתים ושמונים ליטרין ת"מ ושמת אותם ברשותך בלי מנעול והיו נכנסין ויוצאים שם הרבה בני אדם עמך נערים וזקנים וכל היום היו נכנסין ויוצאים הרבה בני אדם לבקר אותך כי היית חולה מי יודע אם מרשותך נגנבו והעד שאחר נסיעתך הגאתי בחדר שהיית ישן בקרן זוית ד' ליטרין שזו הוכחה שהיו מוכנעים שם לגנבם ולא הספיקה להם שעה ומי יודע כמה שאלו היו נגנבים או נאבדים מרשותך נגנבו או נאבדו באחד ברשותך ועוד בשעוד שהיית שרוי אצלנו ראת כות ביתי בני ליטרין משי תוך הסוכ"ה של החדר שלך והאלה למשרתך מה אלה ואמר שנשאר אחד כבן י"ד שנה שהיה ישן בחדרך הכניסם שם לגנבם והנער היה מוחזק לגנב שכבר גנב מ"ה לבנים מהחברה כמו שיודע

לוי ואם אני נתחייבתי בין חסיר בין יתיר כשיהיו ברשותי אמנם שיהיו ברשותך וכל מה שיחסר אפרע אני מי פתי יאמין לדברים אלו ומה אאריך עוד ובעת בואך אמרתי על עתה כל מה שהיה חסר הנכי אחטנו מידי תבקשנו מכאן ואילך עלי דידך הדר וכבר נסתלקתי מהשמירה אפי' לפי דבריך יורינו מורה צדק הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה עם שהטענין יש בו כדי להאריך על כל פרט ופרט ברשותי השאלה ארוכה מארץ מדה אבא בקצור האיפשרי כפי מה שתעלה מצודתי וקוצר שכלי ואומר דמה שטענו שמעון ולוי לעכב סחורות ראובן בידם זמן מה דבר שהוא עולה ויורד ולא גילו את אזני לא טוב עשו בעמם מאחר שידוע ומפורסם שראובן לאו גברא אלמא הוא וכל זמן שיתברר שיהיה חייב לשמעון ולוי יפרע בשופי בלי ערעור וכן לא יעשה ולא עוד אלא שהטעלו חרם בידם והסחורה הנז' עלי דידהו הדר לערך שכתב ראובן ליהודה שאם יקבלוה לערך זה שיתנכה להם שאפילו בניח בהכחה בתוכחת שמה בטשו שמעון ולוי להסתיר מראובן עכוב הסחורה הן בעת לקיחת הסחורות מיד יהודה הן בעת בוא לוי לעיר ראובן אין בזה די חיוב לפרוע ההזק לרא בן תריכא דגרמי אלא שנהגו מנהג רמאות מאחר שראובן התרה לשמעון שאם לא יתן הסחורה ליוסף בו ביום עליה דידיה הדר בסך הנז' ולא גילה שמעון ליוסף שמעכב לידו בשביל חוב שחייב לו ראובן אלא אדרבה אמר לו דברים שמתוכן הבין יוסף שנתפשרו ראובן ושמעון וקבל עליו שמעון הסחורה זו הוראה שלא רצה שמעון לעכב הסחורה בשביל שלא רצה לשלם לראובן רעה תחת טובה וקבלה על עצמו בסך שכתב לו ראובן ואח"כ נתחרט שמעון ורוח אחרת היתה אתו וכתב לאחיו שמעכבה בשביל החוב וכיון שעבר יומו שלא ניתנה ליוסף ביום שהזהירו ראובן שיתנכה לו קבלה עליו במלוה ורצו והדברים מוכיחי' שבעת הגעת הכתבים מראובן ולוי לשמעון שיתן הסחורה ליוסף לא הגיע כתב תלוי לשמעון שיעכבנה בחובו ולזה השיב שמעון ליוסף שאין צורך ליתן הסחורה בידו שכבר השיב הוא לראובן ומחשבתו של שמעון בעת ובשעה ההיא היתה מחשבה טובה שלא לעכבה ולקבלה על עצמו ואחר עבור שנים או ג' ימים בא לו כתב מאחיו שיעכבנה וכתב לאחיו שיאמר לראובן שמעכבה בחובו ומלבד זה יש רעותא בתשובת שמעון ליוסף שאין צורך ליתנה בידו שכבר השיב הוא לראובן פעמים שלש ושקר ענה בו הוא לא השיב לראובן אפי' פעם אחת כי אם לאחיו כתב שמעכבה בחובו ואפי' אחיו לא אמר הדבר לראובן פנים בפנים אלא ע"י שליח שכל זה מורה שלא כיון שמעון אלא לרמות את יוסף בקש.

וכל זה בהנחה ששמעון בעת הגעת הכתבים הראה הכתבים ליוסף תכף ומיד והשיב לו מה שהשיב אבל אם שמעון הסתיר לו הכתבים יום או יומים ואח"כ נתנ' ליוסף השיבו מה שהשיבו כל זה הוראה ששמעון ולוי הולכי' בעקיפין עם ראובן וכל מעשיהם בעקבה ותרמה וכבר נתבאר בספרי הפוסקים דבדין מרומה שהתובע רמאי אין לדונו כלל ומתורתו של הגאון מהר"י קולון ז"ל בשרש י"ד למדנו שביד הדיין לפעמים לעשות דבר יראה כנגד היושר אם יראה שבע"ד רמאי או מרומה ובנ"ד אין לך דין מרומה גדול מזה שפעם יסתירו הטענין ופעם יגלו ופעם יסתירו הכתבים מיוסף ופעם יגלו לו ועוד אם שמעון זה בעל תור' איך נתעלמה ממנו הלכה שכתב הרב בעל ת"ה סי' ש"ה דכל עוד דראובן בעיר דיכא לא יוכל שמעון לעכב הפקדון

שבידו בעירו וע"י עשות זה נמשך לו עשות אחר שעשה העיקר ע"י עצמו ולא ע"י ב"ד וכבר למדונו בע"תה בהותה תשובה וכל הבאים אחריו דלעכב בין מה שביד אחרים בין מה שבידו צריך בכח ב"ד וטעם גדול יש בדבר דלא כל מי שיאמר מעכב אני מה שבידי בשביל מה שחייב לי יהיה נאמן אם לא ע"י ב"ד ות"ש בלימין ז"ל סי' שכ"ב דאפי' הוא עצמו יכול לעכב לית לזה לה וכיון שראובן התרה בו שאם לא יתנכה בו ביום עליה דידיה הדר בערך זה שכתב ראובן כ"ש שאפי' ע"י ב"ד המנהג הפשוט לעכב באמתלאה כמ"ש מהר"ם מטראני ז"ל בח"ב סי' ל"ב וז"ל ובכל יום בבית דיננו באים לעכב ואין אנחנו שומעין כי אם בראיית פסק דין או שטר או עדות או אמתלאה ולא בתביעה וערעור בעלמא ע"כ וכ"כ בח"ג סי' קי"ד דאין מעכבין בלא אמתלא' וכן ראיתי בתשובו' כ"י לרבנים מהר"א נאליקו ז"ל ומהר"ר יחיאל באשן ז"ל ומהר"ר יצחק הלוי ז"ל אסירא שבעל משפטי שמואל סי' כ"ב כתב דנהגו לעכב אפי' בלא אמתלא' וכן נראה מדברי מהרש"ך ז"ל ח"א סי' קפ"ה וכן נראה מסתמיו' דברי הרב ב"י שלא פירש בדבריו דדוקא באמתלא' מעכבין וכן הוא מנהג שלנו לעכב בלא אמתלאה וזולת אם אני רואה שיש ערמה בדבר ואפי' כשאין ערמה בדבר דנהגינן לעכב דרכנו להזהיר למעכ' שיבא ויעמד בדין עם המעוכב ולא יאריך הזמן ויהיה המעוכב נספה בלא משפט אם שלבסוף יתברר שאינו חייב כלום וכל זה שכתבתי הוא בהנחה שהסחורה הנז' ישנה בעין ביד שמעון שאם אינה בעין אין ספק שאם קבלוה עליהם בסך שכתב ראובן שאם לא כן היאך שלחו בה יד שלא בידיעת ראובן והטענין מורה שבעת הגעת הכתבים לשמעון לא היתה הסחורה בעין ואם יטענו שמעון ולוי שהסחורה ההיא נלקחת במעות השותפות וכיון שנלקחה במעות השותפות הריוח הוא לחברה טענה זו הבל ואין בה מועיל לשמעון ולוי שמלבד שראובן טוען שבתוך מעות השותפות היה ג"כ ממון שלו שהיה לו לבדו ומאותם המעות קנה הסחורה ההיא עוד תוסיף תת כחו ראובן בטענה שאפי' נאמר שנלקחה במעות השותפות מאחר שהסחורה ההיא לקחה לעצמו כאשר ידוע לכל הריוח הוא לעצמו שכבר ידוע מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מה"ש וז"ל הורו מקצת המורים שאם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו במלוה הרי זה קנה ומקבלין ממנו כשיאמר זקפתי עלי אותן המעות במלוה ואני אומר שאין זה דין אמת אלא המקח הוא של המשלח ע"כ וכפי מה שהבנתי בספרי הפוסקים חרם ס נס יש כלל הסברות בזה הם אלו לדעת מקצת המורים אפי' לא שינה השליח כיון שזקף עליו במלוה נאמן על פי דבורו הכל ולהרמב"ם אפי' זקף עליו במלוה ע"י ב"ד לדעת קצת מהפוסקים ולדעת קצת מהני בזקיפה ע"י עדים והיכא ששינה השליח לדעת קצת מגדולי האחרונים לדעת הרמב"ם יש להסתפק ולדעת קצת מודה הרמב"ם ז"ל למקצת המורים היכא ששינה ולדעת הרשב"א אפי' לא שינה השליח אם זקפן בפני עדים הריוח לעצמו ולדעת רבינו ירוחם ז"ל לא הוי לעצמו אלא דוקא שזקף לעצמו ושינה בסולר"ין מינאם ז"ל היכא דשני' מהני והוי לשליח ונאמן על פי דבורו ולדעת ריב"ש שהביאו ההגהות כששינה השליח הוי לעצמו בשנשבע השליח שכיון לכך וכבר ראיתי למהר"ין' עזרא ז"ל הובאו דבריו במהרש"ך ז"ל ח"ב סי' קי"ו אסף אל מקום אחד כל הסברות וגם קרובים לדברינו

וכתב הרב בעל הטורים בסי' קפ"ג ס"ד כתב הרמ"ה ז"ל ראובן כו' וכתב מהריב"ל בס"ח דף קנ"ו להרמ"ה ז"ל חולק על מקצת המורים דס"ל דכל שזקפן עליו

במלוה אפי׳ ביכו לבין עצמו קנה והוא סובר דאפי׳ וזקפן בפני עדים לא מהני עד דתידע למוכר ומכוין מוכר לאקנויי לידיה וחולק על הרמב״ם ז״ל שסובר דבכל גונא המקח הוא של המשלח מלבד פירש דהיכא דהודיע דהיה קונה לעצמו שקנה והרמ״ה ז״ל סובר דבכל שהודיע למוכר קנה ע״כ ולכאורה היה נראה דיש חילוק הרבה בין הרמב״ם ז״ל והרמ״ה ז״ל דלדעת הרמב״ם דוקא בשקנה במעות המשלח המקח הוא של המשלח אבל אם קנה השליח במעות עצמו המקח הוא שלו והרמ״ה ז״ל סובר דאפי׳ קנה במעות עצמו כל שלא חזר בו קודם משיכה המקח הוא של המשלח ויש לתמוה על מהרי״בל ז״ל שלא כתב חילוק זה וכל מעיינין שפיר חזינן דהרב ז״ל כמוקי טעמו דבהא ליכא פלוגתא בין הרמב״ם והרמ״ה ז״ל דמה שנראה מדברי הרמב״ם דדוקא בקנה במעות המשלח אבל אם קנה השליח במעות עצמו המקח לעצמו היינו דוקא כדאמר המשלח לשליח אייתי לי דאזוזין ואזל זבין זבה לנפשיה דלא שוייה שליחא אלא לאתויי וקא הדר ביה וכדכתב הרמ״ה ז״ל גופיה אלא דהרמ״ה ז״ל ס״ל דאפי׳ דקנה במעות המשלח מצי הדר ביה והרמב״ם ס״ל דלא מצי הדר ביה אבל היכא דאמר משלח זבינלי האי מידי דכתי דא״ל זכי דמי מודה הרמב״ם דכל דלא הדר ביה קודם משיכה אפי׳ קנה במעות עצמו המקח למשלח והכן הם דברי הרמ״ה ז״ל כי פליגי היכא דקנה במעות המשלח ומקמי משיכה חזר בו שמעון ולא ידעי למוכר ומכוין לאקנויי לידיה לדעת הרמ״ה ז״ל המקח לשליח ולדעת הרמב״ם ז״ל למשלח ומהר״י ן׳ עזרא הובאו דבריו שם כתב על דברי מהריב״ל ובאמת כן נראה מדברי הרמב״ם אבל הטור הביא דברי הרמב״ם ז״ל ואח״כ כתב כתב הרמ״ה ז״ל ולא כתב והרמ״ה ז״ל כתב כמנהגו לכתוב כשמביא דעת החולק אוסבר דהרמב״ם ז״ל מודה היכא דהודיעו המוכר כו׳ ולדעת הרמ״ה ז״ל צריך תיקון הסוגיא ובכל כו׳ ע״כ ונראה שזהו דעת הרב ז״ל בספר הקצר שפסק כהרמב״ם וכהרמ״ה ז״ל

אבל מ״ש מהר״י ן׳ עזרא לחלק בין היכא שהודיעו למוכר ומכוין מוכר לאקנויי לשליח להיכא שלא הודיע למוכר אין הדברים מראין כן שהי״ל להרמב״ם לבאר שלא חלק על מקצת המורים אלא בשלא הודיע למוכר אבל בהודיע למוכר וזקפו עליו במלוה קנה והש״ע כתב דהרמב״ם ז״ל אינו חולק עם הרמ״ה ז״ל דמ״ש הרמ״ה ז״ל דאם הודיע למוכר ומכוין לאקנויי אע״פי דיהיב המשלח זוזי לשליח המקח לשליח היינו דוקא כשהשליח נתן מעות משלו למוכר ומתכוין המוכר לאקנויי לשליח ומעות המשלח החזירם לו אבל אם קנאו במעות המשלח אפי׳ וזקפן עליו במלוה המקח של המשלח וכדברי מהרי״בל ז״ל מוכח הדברי הרשד״ם ז״ל חלק ח״מ סי׳ קכ״ה ועיין בסי׳ קמ״ח שנראה מדבריו דסברת הרמ״ה ז״ל היא מוסכמת הכל מ״ש בסימן קכ״ה ושם בסימן קמ״ח כתב דהמפרשים אינו חולק על הרמ״ה ע״ש ועיין במהר״י אדרבי ז״ל סי׳ קל״ו ובמשפט צדק חלק א׳ סימן ע״ב (הגה״ה ובמהר״ם די בוטון ז״ל סי׳ מ״ז ע״כ הגה״ה)

מעתה אני אומר בנ״ד דאפי׳ נימא דנ״ד תלוי בפלוגתא דרבוותא אין ספק שיכול ראובן המוחזק לומר קים לי וכגון זה בעצמו כתבו הרשד״ם ז״ל בחלק ח״מ סי׳ קס״ה וקפ״ג ומשפטי שמואל סי׳ ק״ט והרא״ח ז״ל סי׳ מ״ד ומהר״י ן׳ עזרא ומשפט צדק ח״ב סי׳ כ״ב דכיון דאיכא פלוגתא הש״ע״ה אלא שראיתי להרא״ח כתב כלשון הזה כל שיש עדים שחזר בו כיון דפלוגתא היא יד המוחזק על העליונ׳ וזוכה לעצמו ואם אין שם עדים חולקים ביניהם ע״כ ומתהני כיון דבי״ש עדים זיכה למוחזק מטעם שיד המוחזק על העליונה בפלוגתא דרבוותא הו״ל לזכות וכ״כ כשאין עדים מטעם זה שיכול לומר קים לי כהפוסקים הללו והגהות אשירי דקיימי כותייהו דאפי׳ הוא עצמו נאמן שזקפן עליו במלוה וזכה לעצמו וכ״כ בפי׳ מהר״י ן׳ עזרא דאם השליח מוחזק יכול לומר דלעצמו קנה ויהיה נאמן בשבועה (הגה״ה וכן מתבאר מדברי הרא״ב ז״ל סי׳ קכ״ה ע״כ הגה״ה) והוי יודע דאכי׳ אי לא הוו קיימי הגהות אשירי כי מורים הללו היה יכול המוחזק לומר קים לי כוותייהו ול״ה למאן דאמר דכל היכא דהפוסקי׳ א״ש אומרי׳ מיעוט רבי׳ שנים אלא אפי׳ למ״ד דלכע׳ ל״א הוי סברא יחידאה הכא אי איפשר לומר כן דבאמרו הורו מקצת המורים משמע דהן רבים עתה לכמות שנים להכי משמע לישנא דקצת אלא שראיתי להר״י הלוי בתשובותיו כתב כשאומרים הפוסקים קצת מהמפרשים איפשר דהוו שנים ואיפשר דלא הוו אלא א׳ הרי דאפי׳ בלישנא דקצת מסתפק הרב ז״ל אי הוו תרי או אחד ומ״מ בנדון שלפנינו אפילו לדידיה יכול המוחזק לומר קים לי כמקצ׳ המורים והג״א דקיימי כוותייהו

וראיתי בספר משפטי שמואל סי׳ קכ״ה כתב והכי׳ לפי מה שהביא הג״ה אשר סביב האשירי כו׳ היינו דוקא שטוען כן בפירוש שלעצמו קנה ובסברת המורים שכתב הרמב״ם ז״ל אבל בסתם לא אמרינן הכי לשויי רשע כו׳ וכ״ש שהרי רבן כמורנו גדולים קמאי ובתראי וה״ל אלו יחיד לגבי רבים ולגבי כל הגדולים לא מצי למימר קים לי כהני ע״כ ואם כונתו לומר דאינו יכול לומר קים לי כמקצת המורים דאפי׳ בלא עדים מהני זקיפה יש לתמוה למה לא מצי למימר קים לי כותייהו ותו קשה דבסי׳ קט״ז על הך פלוגתא דמקצת המורים עם הרמב״ם כתב דיכול המוחזק לומ׳ קים לי ואפי׳ אם נכרא דמ״ש הוא דלגבי הגהת אשירית רבו כמה גדולים קמאי ובתראי שסוברים דאפי׳ דלא בעי עדים צריך שיטעון כן בפירוש נהי דלא קשיא ממ״ש בסי׳ קט״ז מ״מ קשה להא לא יאמר קים לי כהנהו רבוותא דמייתי ההג״ה ושמא י״ל כיון דצריך לומר קים לי להשים עצמו רשע אע״ג דלא טעין כן בפירוש לא אמרינן

אלא שאין צורך בנ״ד לזכות מטעם קים לי דלכ״ע קנה המקח והריוח שלו שהרי ידוע לכל וכ״פ ידעי שראובן קנה זאת הסחורה לצורך עצמו וגם ברור דבנ״ד שינה ראובן שהרי שמעון ולוי לא אמרו לראובן שיקנה הסחו׳ ההיא וכיון שכן לכ״ע זכה ראובן למקצת המורים אפי׳ דלא שינה זכה ראובן על פי דבורו הקל כ״ש בנדון זה שכ״ע ידעי שלעצמו קנה הסחורה ההיא לדעת הרב בח מה״ר שהדבר ידוע שקנה לעצמו הרי הוא כמי שיש עדים בדבר וכ״ש בכאן שיש שינוי לדעת רבינו ירוחם דבעי תרתי זקיפה בעדים ושינוי בנדון דידן תרתי איתנהו כדכתיבנא להר״י ן׳ מיגאש כיון דאיכא שינוי אפי׳ לא זקפן עליו במלוה הריוח הוי לעצמו להרי״כם שכתבו ההגהות כיון שאינה נאמן בשבועתו שכיון לכך ובנ״ד אין צורך אל השבועה שגלוי וידוע שלעצמו קנאה ובפירושא איתמר ולא בכונה להודה ולדעת הרמב״ם ז״ל דלא מהני זקיפה אפילו בפני עדים כבר כתבו רבים מהאחרונים ז״ל שלא חלק הרמב״ם על מקצת המורים אלא כמה שהפרישו על המדה ואמרו שבדבר הקל נאמן ומקבלין ממנו כשאומר זקפתי המעות במלוה אבל אם ידוע שזקפן עליו במלוה כנ״ד שידוע הוא שלעצמו לקחה המקח הוא של השליח ואפילו למקצת גדולי האחרונים שהרמב״ם ז״ל חולק על מקצת המורים אפי׳ בידוע שזקפן עליו במלוה כבר כתבו מקצת מן האחרונים דבשינה מודה הרמב״ם

הרמב"ם ז"ל למקצת המורים דהמקח הוא של השליח ואפי' לדעת מקצת מן האחרונים דבשיכה הוי ספק לדעת הרמב"ם ז"ל אין ספק מוציא מידי ודאי וכל שהדבר ספק אין מוציאין מיד המוחזק כ"ש בנ"ד דאיכא ספק ספקא אלא שמכר אחר אני חוכך בזה דכל מי שראיתי דבריו ס"ל הדא קתני או שזקפן עליו במלוה בדבורו הקל או בשבועה או בעדים אבל רש"י ז"ל פרק א"נ דף ע"ב גבי ישראל שלוה מעות מן הגוי ברבית וזקפן עליו במלוה ובפרק כל שעה דף כ"ח ע"א גבי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקפן עליו וכן בכתובות דף כ"ב ע"א בהך מימרא גופיה כתב וזקפן עליו במלוה שכתב שטר עליהם ומ"מ מדברי כל האחרונים נראין שאינן חוששין לזה

ואי לאו דמסתפינא ה"א דאפי' נודה דלדעת הרמב"ם זקיפה בעדים ושינוי לא מהני בנ"ד יודה הרמב"ם ז"ל דהמקח לשליח דע"כ לא פליג הרמב"ם ז"ל על מקצת המורים אלא בשליח שאין לו שייכות בנכסים כלל ועיקר אבל בשותף שהממון היא משותפת ויכול לומר אני לקחתי לעצמי אלו המעות טול אתה כנגדן אחר זה אין לו עליו אלא תרעומת אבל לענין הדין קנה השותף והוי הריוח לעצמו וכ"ש בנ"ד שטוען ראובן שאפי' תרעומת אין לו עליו שהרי עידן וערכין ופלג עדן כשמשו החברה בארבע מאות גרוש' שהיו שלו לבדו איברא שחלוקים עלי בזה מהרש"דם בחלק ח"מ סי' קכ"ה ומהר"י אדרבי בסימן קל"ד וקל"ו וקל"ז וסוברים דכמחלוקת בשליח כך המחלוקת בשותף וכן נראה מדברי מהר"ס אלשיך ז"ל סימן קי"ז וכתב מהר"י אדרבי ז"ל דאפילו קנה השותף בממון עצמו הכל לאמצע

וגדולה מזו כתב בעל משפט צדק ח"ב סימן כ"ב דהרי"ף ז"ל הביאו הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י סימן קע"ו של"ו סובר דבשותפין לכ"ע אינו יכול לזקפן עליו במלוה תוך הזמן ע"כ וכוונתו ז"ל מסופקת היא אצלי אם כונתו לומר דמלעת הרי"ף ז"ל מוכח דבשותפין כ"ע מודו דאינו יכול לזקוף עליו במלוה ואפילו מקצת המורים מודים בזה כמו שנראה מסוף לשונו איני יודע שהיכן חייב כן מדברי הרי"ף ז"ל דהרי"ף ז"ל סובר כדעת הרמב"ם ז"ל דאף בשליח אפי' זקפן עליו במלוה בפני עדים לא מהני וכמוכח מדברי רבינו ירוחם ז"ל נ"ח ח"ב ובנכ"ח ח"א (הגה"ה וכן כתב הרא"ב ז"ל בסימן ק"ח דהרי"ף ז"ל עומד בסברת הרמב"ם ז"ל ע"כ ההגה"ה) ז וכיון שכן הוא אין הכרח דס"ל דלמקצת המורים בשותפין אין יכול לזקפן עליו במלוה דאימא דלא כתב הרי"ף ז"ל כן בשותפין אלא מפני שסובר כדעת הרמב"ם ז"ל בשליח אבל למקצת המורים דשליח יכול לזקוף ה"ה שות' ואם כונתו לומר דיש חולקים דאפילו בעדים לא מהני לייתי מהר"מ במז"ל דס"ל דלעולם הוא הכל לשלח ואולי מפני שמדברי הרמב"ם ז"ל לא בא הדבר מבואר דאפשר דבעדים מהני וכמו שכדר הרש"ד ז"ל חלק ח"מ סימן קע"ז הביא מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה שהדברים מבוארים שם •

ויצילנא לשנויי דכ"ע מודו לדין הרי"ף ז"ל דבשותפין אף מהר"י אדרבי ז"ל ומהרש"ד ז"ל ומהר"ס אלשיך ז"ל דאף למהר"י אדרבי ז"ל כתב הדין לדעת הרמב"ם ז"ל אין כונתו לומר שלדעת הרמב"ם ז"ל ולא למקצת המורים אלא כונתו גם לומר דאפילו למקצת המורים והרשב"א ז"ל שאמן לומר ב"ד שזקפו עליו במלוה למקצת המורים בדבורו הקל ולהרשב"א ז"ל בעדים לדברי הרמב"ם ז"ל אפילו בפני עדים לא מהני ושכתב אחר כך כל שכן כשהן שותפין כו'

הוא מילתא פסיקתא לכ"ע וה"ק כל שכן בנ"ד שהם שותפין דלכולי עלמא אין יכולין לחלוק קודם זמן שותפות גם הרשב"א ומהר"ס אלשיך ז"ל לא כתבו דבשותף הדבר במחלוקת אלא בנדון דידהו שכבר עבר זמן השותפות ובהא פליגי מקצת המורים שיכול לזקפן עליו במלוה אבל בתוך זמן שותפותם והוא לזמן קצוב אינו יכול לזקפן עליו במלוה

ויש לתמוה על מהרש"ד ז"ל דמתוך תשובה זו נראה דאף על פי שעבר זמן השותפות וחלקו לדעת הר"ס במז"ל אינו יכול לזקפם עליו במלוה כדין שליח ואלו בסימן קע"ז כתב וזה לשונו ועוד דעד כאן לא פליג הרמב"ם ז"ל אלא בשעשאו שליח והוא קבל עליו להיות שליח אבל בנדון דידן דאדרבא לא הסכימו מעולם לכך לכולי עלמא אין ללוי על ראובן ושמעון השותפים שום תביעה ע"כ : הנה מבואר דכל שחלקו השותפין אפילו הרמב"ם ז"ל מודה דיכול לזקפן עליו במלוה וכ"ל דבסימן קכ"ה אף על פי שכתוב בשאלה שטען שמעון ואמר הנחנו כעת חלקנו ואין לך עמי דבר לא מיירו בשחלקו ואחר כך זקפם עליו במלוה אלא שמעון כשראה שלוי היה רוצה לחלוק קודם חלוקה זקפן עליו במלוה ואחר כך חלקו וכשראה לוי לזכו' בריוח והא' לשמעון דבחזקת שניהם הם המעות אמר לו שמעון הנחנו כעת חלקנו כו' ושלא כמ"ש למעלה ולפי זה כל שחלקו השותפות או שעבר זמן השותפות כנדון שלנו לכ"ע יכול לזקפן עליו במלוה

ולענין מה שטוען ראובן שאסור לשמעון ולוי שיפרעו ממנו הרבית עיין בחלק י"ד סי' ורוצה אני לחקור לו יהיה שמעון ולוי לקחו הריוח בהכשר וראובן השכים למעשיהם אם יתחייב לפרוע הרבית כפי הריוח שחולקין בשוה או אם יתחייב לפרוע כפי הקרן אח' ושתים כמו שטוען ראובן וחפשתי בספרי הפוסקים ולא מצאתי מי שיאור עיני בספק הלז

ולכן אני אומר שדבר זה תלוי במנהג הסוחרים היאך הם נוהגים דמנהג דנהיגי תגרי הולכים אחרין ומנהג שבממון מבטל הלכה כדמוכח בפרק איזהו נשך גבי סימוטיתא קניא וכמ"ש הפוסקים

האמנם אם אין מנהג פשוט בין הסוחרים מכח הסבר' נראה שצדק ראובן בטענתו דבשלמא אם שמעון ולוי היו לוקחים סחורה יותר משוייה והסחורה בעלמ' היו שולחין לראובן היה מקום לומר ולגמגם שהריוח יצא מן האמצע דהוי כסחורה שנלקחה בהקפה דלכ"ע הריוח יוצא מן האמצ' אבל כיון ששמעון ולוי לקחו מעות בריוח והלבישום בסחורה והסחורה שלחוה לראובן ה"ל הוספה על הקרן ופורעים כפי הקרן כמו שהוברר ביניהם והדעת נוטה שפורעים כפי הקרן שלא היו שמים בשותפותם כל א' מהם פי שנים מראובן אם לא שהיו יודעים שמחמת טרחו של ראובן בשותפות מן הראוי הוא שיהיה לשמעון ולוי קרן פי שנים מראובן ואיך יתכן שבשביל מאתים גרוש' ששמו כל א' בשותפות יותר מראובן יקחו בשוה בד' אלפים גרוש'ים שהוצרכו לחברה נמצא שבמאתים גרוש'ים ינטו את ראובן ועוד מאחר שהוברר ביניהם שאם יוסיפו על הקרן יוסיפו על זה הער' היאך יבא לידי הוספה כיון ששמעון ולוי לוקחים בריוח כל מה צריכין לחברה

אשר ע"כ הדעת נוטה שלא יפרע ראובן הרבית אלא כפי הקרן ומה גם שראובן טוען שאם כונתם היה נפרוע הרבית מן האמצע למה לא שלחו להודיע לו שלקחו ברבית והו זיפו על הקרן שוה בשוה ואז או היה מסכים ראובן למעשיהם או היה מוסיף בקרן שש מאות גרוש' כפי הערך

ונא

ולא שהוא חשב שהרבית יהיה נפרע ככי הקרן

ואל הטענה השנית שטוען ראובן ששלחו לו המשי לערך קמ"ח וסוחרי המשי היו קונים אותה לערך ק"מ אם יתברר הדבר ע"פ סוחרים שהיתה שוה ערך ק"מ ישימו אותה בחשבון לערך ק"מ ואין שמעון ולוי נאמנים בשבועתם שבשך זה לקחוה שאם הם היו קונים המשי מאדם אחר ודאי דהיו נאמנים בשבועתם דבשך זה לקחוה וישימו אותה בחשבון בשך זה אע"פ שסוחרי המשי היו קונים אותה בפחו' אבל כיון שהם מסתחרי' במשי ולמלאי חנותם הוא משי והיו שמים אותה בערך שהיא נלקחת מן השוק ושולחים אותה לראובן כל שיתברר שהיתה שוה בערך ק"מ לא תכנס בחשבון כי אם לערך ק"מ ואם א"א להתברר ע"י סוחרים אם לא חלקו השותפות ישבעו שמעון ולוי שבכך היתה שוה ואם חלקו יקבלו חרם סתם וכפי הערך שישבעו שהיתה שוה או יקבלו חרם סתם מחייב ראובן להכניס באותו חשבון

ואל הטענה שטוען ראובן שרוצה להתפרע חצי למאה בשביל היותו קאש"ה הכל כפי מנהגם של סוחרים וכבר כתבתי דמנהג הסוחרים הוא עיקר בד"מ ומה שטוען לוי שיש בידו כתב מראובן שהיה מתחייב עצמו בחסרון מעות החברה אף אם נתפוש במושלם שאמת יהנה חכם ומהני מחמת הדין יפה השיב ראובן ואין צור' לכפול הדברים גם טענת היקים כל מה שיברר ראובן שנכנסו בידו דקים יקח השפאויט ואם יש ביניהם הכחשה אם היא טענת ברי' ישבע ראובן ואם היא טענת שמא וחלקו יקבל חרם סתם ויפטר

ומה שטוען ראובן שאינו רוצה לפרוע ארבעים ושבעה ליוורין שחזרו מהמשי אם לוי יטעון ברי' שחשבון הליטרא שנכנסו בידו לא חסר מהם אפילו אחד ויקבל על זה ח"ש סתם שאינו טוען טענה שקרית כדי שישבע ראובן ישבע שבועה שאינו יודע שחייב לו ויפטר מדיני אדם וחייב בדיני שמים שמאחר שמה שהביא לוי לא נכנס ביד ראובן ה"ל כאומר מנה לי בידך והלא טוען איני יודע אם הלויתני שנשבע שאינו יודע ויפטר ואז בא לצאת ידי שמים ישלם ואם לוי טוען ספק פטור ראובן מלשלם אפילו בבא לצאת י"ש דכל שהתובע טוען ספק אע"פ שהנתבע טוען ג"כ ספק פטור אפילו בדיני שמים ואע"פ שמדברי הרב בעל הטורים בח"מ סימן ע"ה שכתב כל טענת ספק אין משביעין עליה כיצד אמר לו כמדומה' שיש לי אצלך מנה או מנה שהלויתיך כמדומה לי שלא פרעתני פטור משבועת השת ואפי' לצאת י"ש אינו חייב כיון שהתובע אומר שמא והנתבע לא מודה לו אלא אמר ברי' ע"כ מוכח דאם הנתב' טוען שמא אע"פ שהתובע טוען שמא חייב לצאת י"ש מת"ש למטה מזה וז"ל טענו שניהם ספק כגון שטוענו הלויתיך ואיני יודע כמה כיון שאינו טוענו בודאי אלא באיני יודע אין על הנתבע אפילו השת ומשלם מה שברור לו ויוצא אף י"ש שלא אמרינן לצאת י"ש א"א בטוענו בריא אבל בטוענו שמא אין לחייב הנתבע לצאת י"ש ע"כ נר' הכך זה דכל שאין התובע טוען בריא פטור אף מי"ש ובתשובה אחרת מהחלק הזה שימן' ונדפסה בתשובות מורי הרב ז"ל סימן קנ"א עמדתי על סתירה זו וחלקתי בין כשטוענו שבוס לכשאינו טוענו שבוס יע"ש ולפי זה בנדון דירן שאינו טוענו שבוס פטור אף מדיני שמים ומיהו בתשובה הנז' כתבתי שאין דברי הרב בעל הטורים ז"ל מוכיחין כן וכ"ע

ונ"ל דאפילו נעשה עיקר מת"ש הרב בעל הטורים ז"ל דכל שהנתבע טוען בריא פטור אף מדיני שמים ויוצא מדבריו דאם טוען ספק חייב לצאת ידי שמים אע"פ שהתובע טוען שמא בנדון דידן אע"פ שהנתבע אומר שמא פטור אף בבא לצאת י"ש דע"כ לא מצריך הטור שיהא הנתבע טוען בריא כדי לצאת י"ש אלא במודה בהלואה וטוען שפרעו דכיון דמודה שהלוה לצאת ידי שמים צריך שיטעון הנתבע בריא אבל אם מעיקרא אם טענת הנתבע היא איני יודע אם הלויתני כנ"ד פטור אפילו לצאת ידי שמים ומינה דאף לי"א שסוברים דאפילו בטענת ספק אינו יוצא ידי שמים עד שיתפשר עם המלוה היינו דוקא במודה שלוה אלא שאינו יודע כמה אבל באומר איני יודע אם הלויתני פטור אף בבא לצאת ידי שמים

ואפילו . תימא דהרב בעל הטורים ז"ל שכתב כל טענת ספק אין משביעין עליה כיצד כמדומה לי שיש לי אצלך כו' מיירי אף כשהנתבע טוען שמא איני יודע אם הלויתני ואפ"ה לצאת ידי שמים מצריך שיהא טוענו בריא כבר כתב מורינו הרב ז"ל בתשובה סימן קכ"א דלכך זה אי אפשר לאמרו דאמאי מחוייב לצאת ידי שמים והא כי קא תבע ספקא קא תבע ולמה יוציא זה ממונו דבהיתירא אתא לידיה ויאכל הלה ודאי מספק ולא יהא לידי שמים שמא אינו חייב לו כלום והעלה דמ"ש הרב בעל הטורים ז"ל אלא אמר בריא לא קאי אמאי דסליק מיניה והיא טענת הנתבע אלא אתחלת הלשון קאי והיא טענת התובע וה"ק אינו מחוייב לצאת הנתבע ידי שמים כיון דאינו מודה לו אא"כ אמר התובע בריא והלכה מקוכחת היא מדברי מ"התוס' שתבאר יפה יפה ע"כ ובתשו' להר"ם אלשקאר ז"ל הובאה בהרש"ס ז"ל חלק ח"מ סימן ל' ובהר"י אדרבי ז"ל סימן רי"ז כתב דאפילו טען הלויתיך ואיני יודע אם פרעתני והלה משיב הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אינו חייב לשלם אפילו בבא לצאת ידי שמים וכו' מדברי מהר"י אדרבי ז"ל סימן רי"ח שמודה בזה . (הגה"ה . וכן כתב מהר"ם הלוי ז"ל חלק ח"מ סימן י"ז בשם זקנו הרב ז"ל וכ' הר"ם יונה ז"ל בפירושו לה"ג סימן קכ"ג סעיף י"ו דיש ראיה לזה מדברי הג"מ ע"ש ע"כ הגה"ה) וכן הוכח מדברי מורי הרב ז"ל בסימן ק"ל אבל מהרש"ס ז"ל בסימן הנז' כתב דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וכן כתב מהרש"ח ז"ל בתשובותיו סימן י"ו ומהר"ר ברוך קלעי ז"ל בתשובה כ"י ועיין במוהריב"ל ס"ג סימן ל"א וק' ובש"ע

הכלל העולה לכל הפירושים כיון דהתובע טוען שמא אע"פ שהנתבע ג"כ טוען שמא א"י יודע אם הלויתני פטור אף בבא לצאת ידי שמים ואם ירצה תובע תחרים חרם סתם שאינו יודע ופטור הנתבע הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קלב

איזמיר שנת התי"ו להחכם השלם כמה"ר אברהם די בוטון נר"ו

אם לנה אמיץ לבו במלחמתה של תורה ואם להשפט דיינא הוא ונחית לעמקא דדינא החכם השלם בנן של קדושים כמהר"ר אברהם די בוטון נר"ו את הרשום בכתב טפחה ימיניך נאדרי בכח ראתה עיני שואל כענין על שלשה שותפין שמת אחד מהם כו' ולולי אהבתך הגבה רבה וגדולה היא אלי לא הייתי מטפל עצמי להשיב בענין זה כי אין מדרכי להכנס במקום מחלוקת ובפלוגתא לא קא מיירי אבל מה שטעה שלהשיב ככי כ"ת ריקם א"א יען שאהבת עולם אהבתיך ואומר דהבין רימי עיני כ"ת אם ניכר שמשתכך

שמסתפק אם יש חולקים על הרשד"ם ז"ל שכן כתב כ"ת אפילו למאן דירכה לחלוק על הרשד"ם ז"ל ושגית בזה וכתבת אפילו דפליגי עליה דמהרשד"ם ז"ל כל זה מורה שכ"ת מסתפק אם יש חולקים על הרשד"ם ז"ל

והנה הודיעך הנני שרבים לוחמים על הרשד"ם בזה ראשון לכל דבר שבקושיא הריטב"א בתשוב' הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סימן קע"ו מחודשין מ"ו נשאל על ראובן שמעון ולוי שותפין קבלו מעות מיהודה לשתי שנים ע"מ שיתן להם יהודה בשכר טרחם שליש ותוך הזמן נפטר שמעון והשיב הרב ז"ל גם מה שטענו כיון שמת שמעון בטל העסק ובטלו התנאים טענתם טענה וכן מפורש בתוספתא וכן ראיתי דן למורינו הרב ז"ל למעשה בכיוצא בזה משמו של הרמב"ן ז"ל ע"כ

הנה שאע"פ שבנדון שלו שהיו שלשה שותפין ומת אחד מהם נתפרדה החבילה אפי' לגבי השותפ' הנשארי' ודלא כהרשד"ם ז"ל ועל ידו החזיקו שני גדולי ישראל הרב בעל משא מלך תלמידו של הרשד"ם ז"ל בח"ב שער א' משפט ג' חלק על רבו הרשד"ם ז"ל בפה מלא ופסק כדברי הריטב"א ז"ל וכן פסק הרב בעל משפט צדק חלק שני סימן כ"ב בפשיטות

ולכאורה היה נראה לומר דכיון דיש חולקי' על הרשד"ם ז"ל בזה אין המוחזק יכול לומר קי"ל כהרשד"ם ז"ל בזה מתרי טעמי חדא שהרשד"ם ז"ל הוא יחיד בדבר הזה ואין לומר קים לי כפ' היחיד ועוד דאולי אם הרשד"ם ז"ל הוה שמיע ליה תשובת הריטב"א ז"ל הוה הדר ביה ומטע' זה אף במקום שבועה היה מקום לומר שאין להאמי' כתבוא' למבין ושמא תאמר דהרשב"א ז"ל חולק על הריטב"א ז"ל בזה וכמו שמצאתי הגה"ה כ"י למי מקדושים אחשוב שהיא ממהר"א טובייאה ז"ל הגיה על דברי הריטב"א ז"ל הרשב"א ז"ל חולק בזה ע"כ ויראה לי שכיון לתשובת הרשב"א ז"ל שהביא הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' קכ"ג שכתב ואם השני אחים שותפים אינם רוצים להכריח את אמם בשתוף לא נתבטל שותפות' בכך ע"כ הרי משמע שבשביל א' מן השותפין שיפרר השותפות לא נתבטל השותפות מן השנים הנשארים כל עוד שלא התנו כן בפירוש וכמו שדקדק הרשד"ם ז"ל בסי' הנז'

ובתחילה מכבוד רבנותם אין מתשובת הרשב"א ז"ל הנז' ראיה כלל שחולק על תלמידו הריטב"א ז"ל דהתם מחמת הדין לא היתה אם האחים יכולה להתפרד משני בניה ולכן פסק הרב ז"ל שלא נתבטל שותפותם כיון דאף שותפות האם לא נתבטלה ואם הבנים בניה אינם רוצים להכריחה אינהו דאפסידו אנפשייהו אבל אה"נ שאם האם מחמת הדין היתה יכולה להתפרד משני בניה דומיא דמת גם שותפות האחי' נתבטל כדברי הריטב"א וזה חילוק נכון וברור ואולי לחילוק הזה נתכוון בספר משא מלך שכתב שבפירוש לא"ה כתב ביטול לכל הראיות שכתב הרשד"ם ז"ל ושוב אחרי כתבי זה מצאתי לבעל משפט צדק חילק כן בסי' הנז' והוא אמת ויציב באופן שהיה מקום לומר שאין המוחזק יכול לומר קים לי כהרשד"ם וכמ"ש

ואגב אורחין אמינא דלמהרשד"ם ז"ל ולהגה"ה כ"י שכתבתי לעיל בסמוך שהרשב"א ז"ל חולק על הריטב"א ז"ל צ"ל דמ"ש הריטב"א ז"ל וכן ראיתי דן למורינו הרב ז"ל על הרא"ה ז"ל קאמר אבל לפי מ"ש דגם הרשב"א ז"ל אינו חולק על הריטב"א שגם הרשב"א ז"ל קאמר אבל קושטא דמילתא דעל הרא"ה קאמר ז"ל שרגיל הריטב"א ז"ל בכנותו ברוב תשובותיו ושמו נין מורינו הרב ז"ל סתם אבל כשמזכיר להרשב"א ז"ל אומר מורי הרשב"א ז"ל ואיך שיהיה מדברי הרשב"א ז"ל אין הכרח שחולק על הריטב"א ז"ל

אבל שבתי וראה שמדברי הריטב"א ז"ל עצמו מוכח שסברתו אינה מוסכמת ויש חולקים עליה והוא מוכרח מדבריו ז"ל שכתב וכן ראיתי דן למורינו הרב ז"ל למעשה בכיוצא בזה משמו של הרמב"ן ז"ל ע"כ ויש לשאול למה הוצרך להביא ראיה לדינו ממה שדן רבו הרב ז"ל הלכה למעשה ולא הביא מדברי הרמב"ם ז"ל והגאונים המפורשים בספרו שקדמו לרבו ולהרמב"ן ז"ל והיא סברא מוסכמת מהכל וליכא מאן דפליג עלייהו זולת המרדכי ז"ל שהיה בזמנו של הריטב"א ז"ל ולא ראהו הריטב"א ז"ל וליכא למימר דט"ס נפל בדברי הרב ז"ל וצריך להגיה הרמב"ם ז"ל במקום הרמב"ן ז"ל חדא דאין לנו לשבש הספרי' ועוד דלא יצדק על זה לומ' משמו של הרמב"ם ז"ל אם על הרמב"ם ז"ל קאמר אלא כך הי"ל לומר כמ"ש הרמב"ם ז"ל ועל כורחך אתה צריך לומר חדא מתרתי או שהריטב"א ז"ל מכלל חולקי' להרמב"ם ז"ל בעיקר דס"ל דלא נתבטל העסק והשות' כסברת המרדכי ולכן הוצרך לעשות סמוכות ממה שדן רבו הרב ז"ל הלכה למעשה כסברת הרב ז"ל ולא כחולקים עליו או שאע"פי שבעיקר דינו של הרמב"ם ז"ל הכל מודים שמה הרמב"ם ז"ל לא אמרה אלא בשני שותפין שביטל השותפות לגבי השותף הנשאר והיורשים אבל בשלשה שותפים שמת אחד מהם לא נתבטל השותפות לגבי הנשארי' כדעת הרשד"ם ז"ל ורבו הרב ז"ל הסכימה דעתו דאף בשלשה שותפין הדין כן או מפני שמבין כן כהרמב"ם ז"ל או אע"פי שאינו מבין כן סברתו מסכמת שאין לחלק לכך הביא ראיה לדינו ממה שדן רבו הלכה למעשה וזה האחרון נראה יותר דאי כדרך הראשון דמשא חולקים להרמב"ם ז"ל בעיקר הדין היה לו להביא דברי הרמב"ם ז"ל ולומר שיש חולקים על הרב ז"ל ושרבו הרב ז"ל הסכים לדברי הרמב"ם ז"ל וקושיא זו אג"כ תפול בדרך השני לפי שאנו מפרשים שרבו הרב ז"ל חולק על הרמב"ם ז"ל בשלשה שותפים ועוד מ"ש הריטב"א ז"ל וכן ראיתי דן למורינו הרב ז"ל בכיוצא בזה מלת בכיוצא בזה מכוונת כדברי הפירוש השני שכונתו לומר בכיוצא בזה שהיו שלשה שותפין והיה מקום לחלק מדברי הרמב"ם ז"ל לנדון שלו

ואיך שיהיה או שהריטב"א ז"ל משא חולקים להרמב"ם ז"ל בעיקר דינו או שחולק עליו בפירוש כשהן ג' שותפין או שאע"פי שהוא מבין כן בדברי הרמב"ם ז"ל הוצרך' להביא ראיה מדברי הרב רבו ז"ל שלא נכרש דדוקא בשני שותפין אמרה הרמב"ם ז"ל הנה מבואר מדבריו לפחות שיש להסתפק כן בסברת הרמב"ם ז"ל א"כ אמור מעתה שיכול המוחזק לו' קים לי כמו שמבין הרשד"ם ז"ל בכונת הרמב"ם ז"ל שיש חלוק בין שני שותפין לשלשה מאחר שאפי' החולק על הרשד"ם ז"ל והוא הריטב"א ז"ל מסתפק בכונת הרמב"ם ז"ל ואף אם נראה לומר שאינו יכול לומר קים לי כהרשד"ם ז"ל מה שאינו במקום שבועה מאן מפין ומאן רקיע לעבור על דברי הרשד"ם ז"ל להיות עובר על השבועה מן הספק וכן מצאתי בפירוש למהרש"ך ז"ל ח"ב סי' ס"ו נסתפק בהבנת הרמב"ם ז"ל אם אמרה אפילו בשלשה שותפין או דוקא בשנים אמרה אבל לא בשלשה וכתב בסוף דבריו יראה דאם נשבעו השותפין בשעה שנשתתפו שלא להפריד השותפות כל משך זמן הקצוב אע"פי שמת אחד מהם אין רשאי שום אחד מהנשארים להפריד את השותפות לא יהא אלא ס' שבועה וראוי להחמיר וא"כ בנדון הלז שנשבעו יששכר וזבולון שלא להפריד השותפות עד הזמן שקבעו אע"פי שמת זבולון תוך הזמן עדיין נשאר יששכר בחיובו להיות שותף עם ראובן וחביריו עד משך הזמן כו' ע"כ ואם ירצה המתעקש להתעקש

ולומר שאין מדברי מהרש"ך ז"ל ראיה שהוא לא ראה דברי הריטב"א ז"ל ולכן פסק דמחמת השבועה חייב להחמיר אבל אם היה רואה תשובת הריטב"א ז"ל שהסכים לפרש בדברי הרמב"ם דאין חילוק בין שני שותפין לשלשה שותפין היה מקל אף במקום שבועה משכהו לבית המדרש בתשובות בעל משפט צדק ח"ב סי' כ"ב וירא' משם דאע"פי שהרב הנז' ראה דברי הריטב"א ז"ל וחלק על הרמב"ם ז"ל והסכים דאין המוחזק יכול להטעון על דבריו אע"פי כן כתב והסכים דאחר שהיה שבועה בנדון שלו לשנך זמן השיתוף לא יהיה אלא ספק מהטעמים שכתב הרמב"ם ז"ל ונפק שבועה להחמיר

עוד אני אומר שאע"פי שדברינו של הרמב"ם ז"ל בעיקר דינו כולם מודים בו הרא"ש ותלמידי הרשב"א והרשב"א והרמב"ן ז"ל והריטב"א והר"ן וכ"י אין חולק על זה זולת המרדכי בפרק המקבל ובפרק הגוזל ומאכיל בשם הר"י ז"ל וכתב הרב ז"ל בח"מ סי' קמ"ו דכהרמב"ם וסיעתו נקטינן דרבים נינהו וכן פסק בספר הקצר וכתב הר"ב המפה ז"ל וכן עיקר וכן פסק הב"ח וכ"כ הרדב"ז ז"ל בתשו' כ"י ורש"ל בים של שלמה פרק הגוזל בתרא דין ה' והרש"ם חלק ח"מ סי' קנ"ו וראיתי לו ז"ל בסי' שש"ד כתב על דברי הרמב"ם ובדין זה הסכימו כל הפוסקים ולכא' רה קשה שהרי המרדכי פסק בהפך וריב"א והר"ס מוידבורק מספקא להו ולא קשיא דכיון לריב"א והר"ס מוירבורק מספקא להו אינם מן המנין לא נשאר אלא מהר"ס וה"ל יחיד ואין המוחז' יכול לומר קים לי כוותיה ולכן כתב הרש"ם ז"ל דכל הפוס' מודים משום דלא חיישינן לסברת היחיד אפי' לומר קים לי וכ"כ משפט צדק ח"ב סי' כ"ו ויש לתמוה עליו דבח"א סימן ל"ט תמה על הרש"ם למה סתם שכל הפוסקים מודים בו מול איפשר לומר דהרש"ם ז"ל לטעמיה אזיל שכתב בסי' קנ"ו דע"כ לא פליג מהר"ס על הרמב"ם ז"ל אלא בשיתופי' מוחזקים אבל בשיתופים צריכין להוכיח לא ובנדון דסיתן שז"ד יונה ירך הרופא היו מוחזקים כמ"ש הרב ז"ל עם כל זה אני אומר דבכ"ר יכול המוחזק לומר קים לי כהרש"ם ז"ל דאף אם לא נמצא לו חבר מצרפינן סברת המרדכי עם סברתו דלמרדכי דאפילו בשני שותפין לא נתפרדה החבילה וכבר כתבו מהר"י קולון ז"ל ורוב גדולי האחרונים ז"ל דשני פוסקים מצטרפים אע"פי שאין טעמיהם שוים וראיתי להרא"ש ז"ל בפרק המקבל כתב בשם רבינו מאיר דס"ל כהרמב"ם ז"ל ואלו המרדכי בפרק הגוזל ומאכיל כתב בשם רבינו מאיר דחולק על הרמב"ם ז"ל וצ"ל דתרי רבינו מאיר נינהו רבינו מאיר הלוי המכונה הרמ"ה ורבינו מאיר מרוטנבורק המכונה הרמ"ה ז"ל

וראיתי לבאר דבר אחד שלא יטעה הטועה בו הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קנ"ו כתב על דברי הרמב"ם ז"ל וכ"כ הרא"ש גבי ההוא שטלא וכתב שכן דעת הרב ז"ל כו' ואולי יטעון הטוען דלא כתב הרא"ש ז"ל וכן כת' רבינו מאיר ז"ל אלא למ"ש שם דההוא דאמר השתא חמשה ומפסידי ליה מרת חסידות קאמר דבלאו הכי הוה מסלק להו כו' על זה כ' שב"כ רבינו מאיר לא על דין הרמב"ם ז"ל וליתא שהרב ז"ל כיוון עמו דלמ"ד שאין השותפות או העסק מתבטל קשיא ליה הך שוברא דשטלא וכ"ל לפי דעתו דס"ל דמאי דאמר עד השתא חד אשיכא השתא מדינא קאמר דאי לאו האי טעמא לא הוה מצי לסלוקי דשותף או מתעסק שמת לא נתפרדה החבילה אלא משום דעד השתא חד והשיכא חמשה מצי לסלוקי להו ונמצא שרבינו מאיר דסובר דלאו מדינא אלא מרת חסידות ומדינא הוה מצי לסלוקי אפי' הוה חד מוכרח לומ' דס"ל ז"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דכל שמת נתפרד' השותפות דאי לא ס"ל הכי מאי מצי לסלוקי אפי לא הוי אלא חד אלא ודאי דס"ל לרבינו מאיר כדעת הרמב"ם ז"ל וכן מתבאר מדברי הרב ז"ל סי' הנז' וכ"ת א"כ למה חזר הרא"ש וכתב וכ"כ הרמב"ם ז"ל כיון דכבר כתב לעילה שדעת הרמב"ם ז"ל שמתבטל השותפות י"ל דהרמב"ן ז"ל בנון גרסינן

ומ"ש כ"ת אם מלשון השטר שכתוב בו והוברר שאם איזה שותף משלשתן הנז' ילך למקום אחר וכו' ירצה לשרת בפתח השוחרים הנז' ושבה יאשם מאותו הפתח אם הוא פטור מלתת חלק מכל מה שירויח במקום אחר לחביריו אבל אם ישוב לפתח השוחרים הנז' אז הוא מחוייב לתת מכל מה שירוי' לחברה הנז' לעיל כפי תנאם לעיל ע"כ עדין השותפות קיים אפילו למאן דירצה לחלוק על הרש"ם ז"ל מפני הלשון הכתוב בשטר איברא ודאי שאם השותפין התנין שאפילו אם ימות אחד מהם לא יתבטל השותפות עד הזמן הקצוב שקבעו ביניהם אפילו מת אחד מהם לא מתבטל השותפות וכ"כ הרדב"ז ז"ל בתשובותיו מכ"י דאם התנו השותפין כן דאין השותפות מתבטל והבאתי דבריו בספרי ספר כנסת הגדולה ובקשתי תשובה זו במודפסות לרב ז"ל ולא מצאתיה ואם לגבי יורש כתב הרב ז"ל דלא נתבטל השותפות כל שכן לגבי השותפין הנשארים והוא דבר פשוט מטעמו

ואע"פי שדברי הרדב"ז ז"ל הם במת השותף לא נתפרד' החבילה כשהוא חי נלע"ד שאין חילוק בין מת לכשהוא חי ונתפרד אם הדין נותן שיכול להתפרד כיון שהנ' נתפרד ואינו שותף עמהם מה לי חי מה לי מת וכן כתב הרש"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קנ"ג וכ"ל דמות ראיה לזה מת"ש הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ו' סי' י"א וז"ל ויותר מזה אני אומר אפילו אם נבררו מתחלה בענין זה שיש להם לילך אחר הרוב אם מת אחד מהן בטלה הברירה מידי דהוי אסנהדרי גדולה וקטנה ודיני ממונות בשלשה דאזלי' בתר רובה ואפ"ה אם מת אחד מהם בטלה כל החבורה מהם ע"כ וכתב בספר משא מלך בנ"ה שער א' משפט נ' ונראה שהנשארים ג"כ בטלין כדין שותפין שמת אחד מהם שמתבטל השותפות ע"כ

הרי שהשוה הרב ז"ל דין זה לדין שותפין ומצאנו ראינו להרשב"א ז"ל בתשובה הביאוה רלב"ח ז"ל בפסק הסמיכה והרב ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ג מחודשין י' והרש"ם ז"ל בחלק י"ד סי' קנ"א ומהרש"ך ז"ל ח"ג סי' ח' דאם נסתלק אחד מהם אפילו בעודו חי נתפרדה החבילה הרי מבואר דאין חילוק בזה בין שנתפרד בעודו חי למת ואף לבעל משפט צדק בסי' הנז' שחלק על הרש"ם ז"ל צריך ללמוד דין נתפרד כשהוא חי למת וכתב דמת שאני היכר מבואר דבכ"ד מודה הרב ז"ל דאין חילוק בין חי למת שהוא לא חלק על הרש"ם ז"ל שאין ללמוד דין חי מדין מת אלא מכח שרצה ללמוד מדברי הרשב"א ז"ל שחולק על הריטב"א ז"ל בדין מת ועל זה כתב בעל משפט צדק דאין ללמוד כן מדברי הרשב"א ז"ל דשאני נדון הרשב"א ז"ל שהיה חי ונתפרד שלא כדין והיה ביד שאר השותפין לחייבו שישארו בשותפותם משא"כ במת אבל בנדון שלנו שמחמת הדין יכול להפרד אפילו כשהוא חי מה לי חי מה לי מת וזה נראה פשוט לע"ד

אמנם בלשון שטר זה שהעתיק כ"ת אני רואה מקום שיחוייב לומר שאע"פי שאין הדין כן מחמת התנאי ישארו בשותפותם שהתנאי הזה אינו אלא שלא נחייב לשותף הנפרד להביא כל מה שהרויח במקום אחר לחברה אבל שיהיו מחוייבים השני שותפים הנשארים לעמוד בשותפותם לא שמענו מחמת התנאי הזה שהתנו כן אם ירצו השותפין

הנשארים לעמוד בשותפותם או אפילו ירצו להתפרד וישאר
האחד בפתח השוחר אבל שיוכרחו השותפים הנז' לעמוד
בשותפותם מחמת תנאי זה לא שמענו דלא יחוייב כן כלל
בשום צד

וכל זה שכתבתי בהודאת הנחת כ"ת שנדון שלפנינו דומה
למ"ש הרמב"ם ז"ל אבל לע"ד נראה שנדון שלפנינו
אינו ענין לדברי הרמב"ם ז"ל שלא כתב הרמב"ם ז"ל שאם
מת אחד מן השותפין מתבטל השותפות אלא דוקא בשותפין
שנשתתפו במעותיהם או במתעסקים שלא הביאו כולם מעות
לכיס אלא אחד מהם והשני מתעסק או שיש לו חלק בריוח
או שנותן לו שכר טרחו וה"ה אריס בשדה ונוטל בפירו'
למחצה לשליש ולרביע אבל בנדון שלפנינו שאין כאן שותפות
במעות ולא עסק במעות ולא אריס אלא שנשתעבדו לכל מה
שירויחו בגופם אפילו לדעת הריטב"א ז"ל אם היו ג' שותפין
ומת אחד מהם לא נתפרדה החבילה מהשני שותפין הנשארי'
וכן מוכיחין דברי הרמב"ם ז"ל שכתב מפני שכבר יצא הממון
ליד היורשים וזה לא שייך אלא בשותפין או במתעסקים אבל
בנשתתפו לכל מה שירויחו בגופם לא שייך וניל בתר טעמא
טעם הרמב"ם ז"ל מפני שיכול השותף או הנותן לומר לא
מהימנת לי כמורישך וזה לא שייך בשותפין שנשתתפו
לריוח שירויחו בגופם כמבואר למבין כללא דמילתא אין
השותפין הנשארים יכולים להתפרד משותפותם אי משום
דספק איסא דשבועה רביע עלייהו אי משום דבנדון כזה
לא דבר הרמב"ם ז"ל הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר
ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קל"ג תמהתי על פסק הח'הש'כמהר"ר אברה'הכהן
נר"ו איזמיר אדר התכ"ד

שאלה ראובן היה חייב לו ערל אחד סך רב
מסחורות שמכר לו והגוי הנז' מסר בידו
כ"ב בגלגל נייר ובתוכם כ"כ זולוטאש חדשות שהיו יוצאות
ע"י הדחק ויהי היום בא שמעון סרסור הגוי הנז' ואמר
לראובן תן לי הזולוטאש הנז' ואני הוציאם בכסף מלא
עובר לסוחר ויתן לו פעם ושתים ושלש ויהי כאשר בא
ראובן להתחשב עם הגוי א"ל שמעון הנז' אל תכניס בחשבון
כי אם על סך פ' כי אינו זוכר מה שנשא ונתן וכן עשה
ראובן ברתת וזיע והכין לעדו ויסגור בעדו שעבר עליו
הקולמוס ויהי הימים תבע ראובן משמעון הזולוטאש
שמסר בידו או חילופיהן ומיאן תלתת לו דבר בטענ' שהוא
הטעה את הגוי והרי הם שלו וראובן השיב כי אין זו מדת
יהודית ולא מן השם הוא זה כי מאחר שהגוי האמין לו
ומסר המעות הנז' לידו לחשבון סחורות שלקח והיה לו
ליקח ממנו א"כ ממנו כדרש החשבון בכל עת ועונה ועוד
לו כי הגוי נשאר חייב לו סך רב וגם כי באמת הגוי אלמהלך
לו אל ארצו הנה מן האפשר הוא כי היום או למחר יבא
הוא או שלוחו וידרוש ממנו חשבון ברור וגם את"ל כי אל
יזכור ראשונות ולא יעלה על לבו לעולם הנה הוא הקודם
כי הוא אשר הטעהו בעת החשבון ביד כותבת יד חותמת
הכל הולך ואחר החתום יורינו מורינו הדין עם מי ושכרו
מעל השמים יהיה שבעתים אכ"יר

דברי החכם השלם הפוסק אחרי דבי עלאי נר"ו אינם
צריכים חזוק כי שפתיו שפתי כהן ישמרו אך
אתנה כחלוה ועושה מהחכם השלם הפוסק נר"ו ומהגביר
השואל נר"ו באתי על החתום לאפוקי גברא כיהודה ועוד
לקרא. אני טרם אענה כדת מה לעשות אכתוב מעט אשר
היה לפני בענין זה בספר כנסת הגדולה ואח"כ אבא
לענין פסקא דדינא יש לדקדק על הרב בעל הטורים ז"ל
בח"מ סי' קפ"ג סב' תשובה להר"ם מרוטנבורק ראו' שלא
לשמעון שיקנה לו בגד מהארמי בהקפה וכשהגי' זמן הפרעון
נתן ראובן המעות לשמעון לפרוע לארמי ונמצא שהמוכר
שכחם צריך שמעון להחזירם לראובן ואינו יכול לומר אני
רוצה לעכבם שמא אחר זמן יזכרם הארמי דכיון דהימניה
שמעון לראובן מעיקרא ונעשה ערב בשבילו בלא משכון גם
עתה לא יעכבם על הספק בשביל ערבון וגם אינו יכול לומ'
אני אקדש את השם ולהשיבם דבשלו יכול לקדש ולא בשל אחרי'
אבל הר' אפרים ז"ל כתב על כיוצא בזה בראובן שקנה חפץ
מהארמי והאמין לו הארמי ליתן מעו' ליום המחרת ולמחרתו
היה ראובן נחוץ לצאת מן העיר ונתן המעות לשמעון
ליתנם לארמי ושכחם הארמי וכתב שאם הדבר ברור ששכחם
הארמי זכה שמעון בהם אבל מי יוכל לברר זה ויכול ראובן
לומר לא שכחם הארמי והיום או למחר יתבעם וכיון שלא
שכחם הארמי אין שמעון יכול לומר כבר זכיתי לארמי
דאין שליחות לארמי הילכך שורת הדין שיחזור לראובן אם
הוא פקח לטעון כך ע"כ

ואיכא למידק כיון דלענין דינא ליכא חילוק בין
מהר"ם להרב רבי' אפרים דכולהו מודו דצריך
להחזירם לראובן אלא שדעת מהר"ם אפי' דבידו' ששכח' הגוי
צריך להחזירם לראובן ורבינו אפרים אע"פי שחולק בזה
כתב אבל מי יוכל לברר וכיון שאין יכול לברר יחזור לראובן
איך כתב אבל רבינו אפרים כתב כו' דמשמע דרבינו
אפרים חולק על מהר"ם ז"ל לענין דינא והא ליתא דלענין
דינא כולם שוים וכדכתיבנא דדוחק לומר דכיון דפליגי בידוע
ששכחם כתב הרב בעל הטורים ז"ל אבל רבינו אפרים
כלומר שחולק על מהר"ם בידוע כיון דלכולהו אי איפשר
לידע וצריך להחזירם מה לו לכתוב דבשידוע חולקים כיון
שא"א לברר ויחזור המעות לראובן וכפי הנראה היא
שעמד' לרבינו ירוחם ז"ל ששנה משנתו פכולהו תנאי כמהר"ם
ור' אפרים דאם ודאי שכחם הלכה כמהר"ם ז"ל דיחזור
לראובן ואם לא יוכל להתברר אם שכחם אף רבינו אפרים
ז"ל מודה דיחזור המעות לראובן ולהכי לא קשיא עליה
מה שהקשה עליו בב"י בסי' הנז' סי"א ע"ש ואיכא לי
לומר שמ"ש רבינו בעל הטורים אבל רבינו אפרים כתב
הוא מפני שמהר"ם ז"ל כתב שאינו יכול שמעון לומר רוצה
אני לעכבם שמא אחר זמן יזכרם הארמי דכיון דהימניה
שמעון מעיקרא ונעשה ערב בשבילו בלא משכון גב עתה
לא יעכבם על הספק בשביל ערבון ומתוך דברים אלו יש
לדון דדוקא בנדון מהר"ם ז"ל הימניה שמעון מעיקרא דנעש'
ערב בשבילו בלא משכון אף עתה אינו יכול לעכבם בידו
למשכון אבל אם לא הימניה שמעון מעיקרא להיות ערב
בשבילו אע"גב דזכה בהם המשלח מ"מ יכול לעכבם בידו
שמא אחר זמן יזכרם הארמי עד שימות הארמי או עד
שיתברר שלא יזכרם עוד ועל זה כתב אבל רבינו אפרים
כו' לומר שחולק רבינו אפרים על מהר"ם ז"ל ומובר דכל
שאין הדבר ברור ששכחם הארמי חוזר למשלח אין השליח
יכול לעכבם בידו ויחזירם לראובן אע"גב דלא הימניה
מעיקרא אלא דמ"מ רבינו בעל הטורים ז"ל והר"ם סתר
דבריו וכתב שאפי' אם היה ידוע ששכחם הארמי כו' מוכח
קצת דמ"ש אבל רבינו אפרים ז"ל כו' הוא בעד בהיכא זו
כשידוע ששכחם הארמי ואיפשר עוד לומר דלענין החזרה
כולם שוים לטובה שיחזירם לראובן ואע"פי כן נ"מ טובא
לענין דינא דלדברי מהר"ם ז"ל דאפי' בידוע ששכחם הגוי
יחזור לראובן אין צורך לראובן לטעון כלום אלא יחזירם
לראובן בלתי טוען ראובן אבל לדברי רבינו אפרים דאם
ידוע ששכחם הארמי זכה בהם השליח כל שלא טען המשלח

בעצמו שלא שכח' הארמי אבן לא טעינן ליה דלאו פתח פיך לאלם הוא והכי נמי מוכח מכתב הילכך שורת הדין שיחזור לראובן אם הוא פקח לטעון כן דמשמע דהכל תלוי בטענתו ועיין ברמ"ל פרק הגוזל בתרא ס"מ'

וראיתי לרב ז"ל בסי' הנז' כמתלהלה על רבינו ירוחם ז"ל כתב ומדברי רבינו ירוחם בנכ"ב נראה שגם הוא סובר כהרא"ש כלומר דסובר כר"י דהכל לשליח ובנכ"ח לא כתב אלא דברי ר"ת ע"כ וכדי דלא נשויה לרבינו ירוחם ז"ל הדרנא שחזר בו ממקום למקום. אמינא שלא הביא דברי רבינו תם בנכ"ח אלא ללמוד ממנו דבדבר שאין בו טעות לא במנין ולא במקח דבדבר שאין לו קצבה הכל לבעל המעות ובדבר שיש בו קצבה חולקין השליח עם המשלח ואגב שהביא דברי ר"ת ללמוד חילוק זה כתב דברי ר"ת כדמותם ככלתם דאם הטעות ע"י מקח או מנין הכל לבעל המעות שהוא סיום דברי ר"ת ולא איכפת ליה אם איכ' כהל' כיון שכבר גילה דעתו בנכ"ב שכדברי הרא"ש עיקר וכאן סיום דברי ר"ת הם ולא שהדין כן לפי סברתו (הגה"ה ועיין בהרא"ב סי' קכ"ד ע"כ הגה"ה)

עוד הביא הרב בסי' הנז' כתוב בתשובות מיימוניות דספר קנין מי שקנה סחורה כו' והן הם הדברים שהביא לעיל בשם המרדכי בשם רב נמח גאון ז"ל ואיכא למידק עובדא היכי הוה אי בלקחו היהודים סחורה מגוי והטעה המוכר לגוי ונתן לו מאה במאתים זה הוי דומה בדומה לנדון מהר"ס ז"ל וכ"ע מודו דהכל למשלח ואי מיירי שהישראל מכר סחורה לגוי והטעה את הגוי ולקח מאתים בעד מנה בזה לדברי ר"י הכל לשליח וכ"ל דז"ל כדעת בעל העיטור וכ"רת קודם חזרה דחולקין וכ"כ הרא"ב ז"ל בסי' קכ"ד וקשה קצת דלבון דאי לאו זוזי דהאיך מוכח דהישראל קונה הסחורה מהגוי וכן מוכח מהלשון שאמר הלל זילו מידו כו' גם בהגהות כתוב בפירוש חולקין הוא והקונה וכן ראיתי להרא"ב ז"ל בסי' קכ"ה כפירש דרב נמח גאון ז"ל מיירי בשהישראל הוא הקונה מת"ש אלמלא זוזי דהאיך אלא שכתב דלענין דינא ה"ה נמי אי הוי איפכא שהישראל נותן הסחורה והטעהו בפחות שהסחורה שוה מאה והטעהו במנין הוי דינא הכי אלא שחילק בין מכר או קנה סחורה מהגוי והלך לפרוע והטעהו והממון ברשותיה דמשלח קיימי ולפי זה קשה למה כתב בסי' קכ"ד דרב נמח גאון קאי כסברת הרב בעל העיטור כיון שיש לחלק בין סחורה לפירעון גם מ"ש גם בסי' קכ"ה דכל שאין מוכיחין בהדיא הפך דינו של מהר"ס. אין ספק של רב נמח גאון מוכיח מידי ואחר של מהר"ס כ"ש דעל רב נמח גאון כ"ע חולקין עליו איני מבין מה הוא ספיקו של רב נמח גאון דלפי סברתו אין כאן ספק אלא רב נמח גאון דינא קאמר דחולקין ואולי רצה לומר דאין ספקו של רב נמח גאון אם חולק על מהר"ס ז"ל או איננו חולק מוכיח מידי ואחו של מהר"ס ומ"מ כ"ש דעל רב נמח גאון כ"ע חולקין עליו רצה לומר ואפי' תימא דרב נמח גאון איננו מחלק בין סחורה לפרעון כ"ע חולקין עליו בת"ש חולקין וס"ל דהכל למשלח סוף דבר דמ"מ בסי' קכ"ד והסכים כן בסי' קכ"ה הא דרב נמח גאון אינה הלכה והרב בעל המפה אע"פי שהרב ז"ל בספר הקצר פסק כר"י ז"ל בטעה הכותי ונתן לו יותר והוא ז"ל פסק כמהר"י היכא דנתן ראובן מאתים לשלם לכותי והוא הטעה את הכותי ונתן לו רק מאה שהכל למשלח כתב דין רב נמח גאון לפסק הלכה וכחילוק שחילק הרא"ב בין מכר לפרעון כיהא בין היכא דטעה הגוי ונתן לו יותר דהכל לשליח בין היכא דטעה הגוי וקבל בפחות דהכל למשלח א"כ י"ל דלא כתב הר"ס ז"ל דהכל

למשלח אלא היכא דטעה הגוי מעצמו ויד השליח לא היתה במעל אבל היכא דטעות הגוי בא ע"י השליח כנדון רב נמח גאון אין חולקין השליח עם המשלח ומפרש דברי רב נמח גאון כשהיהודי לוקח סחורה ונתן מעות כפשט רב נמח גאון •

ולכאורה היה נראה דרב נמח גאון איננו חולק עם ר"י ז"ל דרב נמח גאון מיירי בשהטעות בא מעסק המקח בשעת המקח ובהא אפי' ר"י ז"ל מודה אבל אם איננו בעסק המקח סובר ר"י ז"ל דהכל לשליח ובהא אפי' רב נמח גאון ז"ל מודה ובזה מ"ש הרא"ב ז"ל על הרי"בל דאיך כתב דר"ת ז"ל קודם חזרה הוי יחיד ואין המוחזק יכול לומר קים לי כיון דרב נמח קאי כותיה אבל כד מעיינינן שפיר ליתא דאיך איכשר לומר דרב נמח גאון מחלק בין טעות שמחמת העסק בשעת המקח לשלא כא מחמת העסק בשעת המקח כיון דטעם רב נמח ותנו' דשייכי מסו' דאילמלא זוזי דהאיך לא היה מטעה לגוי וטעם זה כיון כשהטעהו בשעת המקח בין שלא הטעהו בשע' המק' גם כ"ש דר"י יודה דהיכא דהטעהו בשעת המקח דחולקין איברא שמת"ש שהשיב ר"ת להר"י ישראל ואשר שאלת על ראובן ששלח לשמעון לקבל מעותיו וטעה הגוי בחשבון כו' יש מקום לומר דמיירי בטעות שלא בשעת המקח ובזה חולק ר"י על רבינו תם אבל בטעות דשעת המקח אימא יודה ר"י לר"ת ז"ל דחולקין מ"מ ת"ש בראש דבריו ועל טענה שאינו בא בזלות המקח אלא שהטעה בחשבון מוכח דאפי' הטעה בשעת המקח דאלת"ה אלא דמיירי בטעות שבא אחר המקח אבל בטעות שבא בשעת המקח דינא אחריתי הוא נמצא דבטעות עצמו יש חילוק בין שעת המקח לשלא בשעת המקח וא"כ איך תולה החילוק בין טעות שבא בזלות המקח לטעו' שבא בחשבון לפלוג וליתני בדידה בטעות החשבון עצמו בין בא מחמת המקח לשלא בא בשעת המקח מדלא חילק כן מוכח בפירוש דאין החילוק תלוי אלא בין טעות שבא בזלות המקח לטעות שבא בחשבון אבל בטעות שבא בחשבון אין חילוק בין בשעת המקח לשלא בשעת המקח מעתה ת"ש ואשר שאלת על ראובן ששלח לשמעון לקבל מעותיו וטעה הגוי בחשבון דמשמע דהוי טעות שאחר המקח י"ל הלא מתרתי או ששאלת הר"י ישראל ז"ל לא היתה על הגוי שהיה חייב לראובן מחמת מקח אלא הלואה היתה ושלח ראובן לשמעון לקבל הלואתו דכיון דהוב זה לא מחמת מקח אלא מחמת הלואה בשעת כרעון מיקרי בשעת מקח ואם טעה באותה שעה כטועה בשעת המקח מיקרי כשהיה שם מקח א"כ שעשה עם הגוי משא ומתן ובאותה שעה שלח ראובן לשמעון לקבל המעות מן הגוי והוי דומה בדומה לנדון רב נמח גאון דבשעת הכרעון הטעה את הגוי במדה או במשקל או בכשטי א"כ והוא הנכון אף דנימא דנדון השאלה ששאל הר"י ישראל לר"ת היה שמכר לו איזה דבר ושלחו אחר ימים רבים לגבות הוכו אין הוכחה משם דר"י סובר דבטעות שאחר המקח חולקין דהר"י ישראל מעשה שהיה כך היה ור"ת השיבו דחולקין כלומר ל"מ אם הטעות היה בשעת המקח דחולקין הגון אפי' אחר המקח חולקין ולא יטול השליח הכל ומאחר דכן הוא כשכתבו ז"ל דר"י חולק על ר"ת אם אמת היה הדבר שר"י ז"ל מחלק בין טעות דשעת המקח לשלא בשעת המקח היה לו.ס לבאר דאינו חולק ר"י על ר"ת ז"כ הלא דוקא כשהטעות שלא בשעת המקח אבל כשהטעות בשעת המקח מסכים לסברת ר"ת ז"ל דקודם חזרה דחולקין באופן שהדברי' ברורים שלדעת רב נמח גאון ז"ל אין חילוק בין טעות בשעת המקח לשלא בשעת המקח דלכולהו גווני לרב נמח גאון

גאון חולקים ולר"י ז"ל הכל לשליח וז"ל בתר נעמא דטעם
ר"י ז"ל משום דהיתרון הוא דבר בפני עצמו וטעם זה שייך
אפי' בשעת המקח •

תדע דהכי הוא כמה דאמינא שהרי הרב ז"ל בב"י אחר
שסיים לכתוב דברי רב למח גאון ז"ל כתב
שהרי"ף ז"ל שפירש דהטעם דחולקים משום דע"י מעות בע"ה
נשתכר איפשר דאיתנהו לדברי ר"י ז"ל שהיתרון הוא דבר
בפני עצמו כו' ולמה לא כתב שרב למח גאון אינו חולק
עם ר"י ז"ל מהטעם שכתבתי אלא שהדברים ברורים שלא
כתב הרב ז"ל כן אלא בדעת הרי"ף ז"ל שלא גילה דעתו
בטעות חשבון אבל רב למח גאון ז"ל שגילה דעתו דאם בטעות
חשבון חולקים חולק עם ר"י דאין לחלק בין טעות דשעת
המקח לטעות שלא בשעת המקח

וראיתי לסמ"ע בסי' הנז' תמה על הרב ז"ל בספר
הקצר והרב בעל המפה שלא הזכירו הדין של
טעות המקח והי"ל לכתוב חילוק בין טעות
שבמקח להוספה מדעתו מאחר דפליגי בו דלר"ת בכל ענין
הוא למשלח ולר"י והרא"ש ז"ל חולקין בדבר שיש לו קצבה
כו' ע"כ ולא הבינותי דבריו דאע"ג דר"י ור"ת ז"ל חולקין
בזה מ"מ לדברי ר"י שהלכה כמותו בטעות שבמקח אין
חילוק בין טעה להוסיף לו מדעתו דבכל ענין בדבר שיש
לו קצבה חולקין ובדבר שאין לו קצבה הכל למשלח אבל
טעות חשבון הכל לשליח וזה כבר כתבו הרב ז"ל בספר
הקצר וז"ל היה השער קצוב וידוע והוסיפו לשליח במנין
או במשקל או במדה כל שהוסיפו לו המוכרים הרי הוא של
שניהם וחולק השליח עם בעל המעות ואם היה דבר שאין לו
קצבה הכל לבעל המעות שלא שלוחו כו' הכל לשליח ע"כ
והנה במ"ש והוסיפו לשליח כו' כנכ"ז בין הוספה מדעת
בין הוספה בטעות מדלא כתב הוסיף לו מדעת כמ"ש הרב
בעל הטורים אלא סתם והוא לשון הרמב"ם בפ"א מה"ש
ומשתמא כר"י ש"ל כו' עכ"ל בספר הנז'

אחר שכתבתי זה אבא היום אל מ"ש החכם השלם הפוס'
כר"ו תחלת דבר דרש"י ז"ל בטעם שכתב דחולקים
דמתנה הוא י"ל לשליח ניתנה וי"ל לבעל המעות ניתנה יחידא'
היא ע"כ במחילה מכ"ת נר' דאשתמיטיתיה תשובת הרמב"ן
ז"ל סי' ס' הובאה בב"י חלק ח"מ סי' קפ"ג דהגאון רבינו
האיי ז"ל פירש כטעמו של רש"י ז"ל גם הרב בעל התשובה
סיים דבריו וכתב ועוד שטעם הגאון ורש"י ז"ל יפה גם ר"ת
אחר חזרה אית ליה כטעמו של רש"י ז"ל כמ"ש הרד"ך ז"ל
בבית י"ט וכרכיה ליה ריבא הרא"ב ז"ל בסי' קכ"ד א"כ
מתלתא קראי שמיע לן כטעמו של רש"י ז"ל הגאון ור"ת ז"ל
והרמב"ן ז"ל וכיון שזכינו לדין זה אמר מעתה דמ"ש החכם
השלם כר"ו נ"ל ומעתה דינא הכי בדבר שיש לו קצבה אם
ניתנה לשליח בפי' אפי' שהוא מוחזק לא מלי למימר קים
לי כרש"י ז"ל במחילה לא דק במאמרו דהא ודאי פשיטא
דיכול לומר קים לי כהגאון ורש"י והרמ"בן ז"ל שכתבו בפי'
דאם כתן בפירוש לשליח הכל לשליח כמ"ש בפירוש בתשובות
להרמב"ן סי' הנז' ופסקו כן בפשוט הרב בעל המפה והרב
בעל הלבוש ולא ערערו בדבר הבאים אחריהם הסמ"ע וזולת
הב"ח שכתב דכיון דאיכא פלוגתא המ"עה

ובפך תשובה להרמב"ן ז"ל יש לדקדק דלכאורה נראה
דהגאון ורש"י ז"ל הם שוים בטעמם ובדינם והוא
ז"ל אחר שכתב טעם הגאון כתב ורש"י ז"ל פירש הנכס
למתנה הויא ומתוך לשון זה מוכח דיש הפרש בין פירוש
רש"י ז"ל לפירוש גאון ז"ל וצריך לדעת מהו ההפרש ויראה
פשוט דלענין דינא אין כאן הפרש כמו שיש הפרש בין פי'
רש"י לפירוש הרי"ף ז"ל ובעל העיטור לענין דינא כשפירש

הנותן שנותן לשליח בפירוש דלכולהו פירושי בין לפי' הגאון
ז"ל בין לפרש"י ז"ל הכל לשליח אין חילוק בין פירוש הגאון
ז"ל לפרש"י ז"ל אלא כשנתן ללוקח מחמת מקח וממכר דלפי'
הגאון הכל לשליח מפני שאין כאן הטעם דאיכא במקח
וממכר דפני שלקח ממנו זה ההפץ אבל לפרש"י ז"ל כיון
דהטעם משום דהויא מתנה דשמא נתנם לשליח שמא למשלח
אפילו כל דבר שנותן ללוקח שלא מחמת מקח וממכר איכא
ספיקא דשמא מתנה נתן למשלח וכשכתב הרב ז"ל אחר
פירושו של רש"י ז"ל ולפי פירוש זה מי שנותן בפירוש לשליח
כו' לאו דוקא לפי פירוש רש"י ז"ל אלא אפילו לפי הגאון
דינא הכי תדע שהרי סיים ועוד טעם הגאון ורש"י ז"ל
יפה ע"כ מוכח דבנדון שלו אף לדעת הגאון הכל לשליח
אפילו בלא טעם דאהנהו אלא לאפוקי מפירוש הרב בעל
העיטור שמביא אח"כ כתב ולפי פירוש כו' לאפוקי פי'
הרב בעל העיטור ולא לאפוקי לפי פירוש הגאון •

ואפשר ג"כ לפרש דמ"ש ולפירוש זה מדוייק דקאי לפי'
רש"י ז"ל ולא לפירוש הגאון ז"ל וה"ק לפי הגאון
ז"ל שכל דבר שנותן שלא מחמת מקח וממכר ושאין בו טעם
הגאון הכל לשליח בנדון שלפנינו אפי' לא פירש הנותן
שנותן לשליח הכל לשליח כיון שנותן שלא מחמת מקח וממכר
אבל לפרש"י ז"ל דאפילו בדבר שנותן שלא מחמת מקח
וממכר חולקין בנדון שלפנינו דוקא משום דפירש בפירוש
הכל לשליח אבל אם לא היה מפרש היו חולקין תו איכא
למידק במ"ש בתשובה זו ועוד שטעם הגאון ורש"י ז"ל יפה
הוא וזה תימא דבתשובה סימן תרע"א הובאה בב"י גם
בסימן הנז' כתב טעם הרב בעל העיטור ז"ל בפשוט ולא
הזכיר טעם רש"י ז"ל כנראה דתפס טעם בעל העיטור ז"ל
עיקר ומסורת היא בידינו מהרב ז"ל בהקדמתו שהמיוחסות
להרמב"ן מתורתו של הרשב"א ז"ל הם ויש להגדיל
התימא דלפי מה שפירש הרד"ך ז"ל בבית י"ט דלפי טעמו
של רש"י ז"ל יוצא דבטעה הגוי ונתן יותר הכל למשלח לא
די שהרשב"א סותר עצמו מסי' תרע"א למכוונות בטעם
הדבר אלא שאף בעיקר הדין סותר את עצמו דלפי הטעם
שכתב בסימן תרע"א יוצא דהכל לשליח אבל לפי הטעם
שנתן במכוונות יוצא דהכל למשלח וצ"ע •

ובתשובה עצמה דסימן תרע"א איכא למידק במ"ש
דהתם שאני שהוסיף לו מדעתו נראה שסובר
כחילוק ר"ת דמחלק בין הוסיף מדעתו להיכא דטעה ותימא
דאם מחלק כן בטעה יהיה הכל למשלח כדעת ר"ת ואולי
אע"ג דמפרש כר"ת דבגמ' עסיקינן בהוסיף לו מדעתו
בתולדה חלוקין הם דלדברי ר"ת הכל למשלח והרשב"א ז"ל
סובר דהכל לשליח מטעם ר"י ז"ל ומיהו הנכון דה"ק דהתם
שאני שלהיותו מקח ההוספה היא מדעתו כלומר בין שיהיה
שהוסיף לו מדעתו ממש בין שיהיה טעות שחשב שאין המקח
שוה יותר מן המעות שנתן הוספה מדעתו מקרי שהרי הוא
יודע שנתן לו סך כך מה שאין כן בטעה שהוא אינו יודע
כלום בטעות

אני טרם אכלה לדבר בזה אסורה נא ואראה מ"ש הרב
ז"ל בב"י בסימן הנז' על תשובת מהר"ס מרוטנבורק
ז"ל שכתב הרב בעל הטורים ז"ל כתב הרב ז"ל וז"ל ועיין
בתשובת הרשב"א ז"ל שכתבתי בסימן זה ע"כ ולא אתברר
לן על איזו תשו' רמז דאם על השובה דסי' תרע"א תימא היכי
רואה שום הדמות לתשובת הרשב"א ז"ל עם תשובת
מהר"ם ז"ל דתשובת הרשב"א היא שטעה הגוי ונתן יותר
ועובדא דמהר"ם ז"ל הוא כשמלא לפרוע הונו לגוי ושכחם
הארמי ועוד דאם על תשובה זו נתכוון וכי הרשב"א ז"ל
לבדו עומד בסברא זו שכותב ועיין בתשובת הרשב"א
ר"י

ר״י והרא״ש והמרדכי ומהר״ם ז״ל עצמו עומדים בסברא זו שא׳ הרשב״א וא״ל דעל תשובת להרמב״ן ז״ל שהבי׳ למעלה מזה כתבוון וכיון שהיא מתורת הרשב״א ז״ל כתב הרב ז״ל ועיין בתשובת הרשב״א והכונה לרב לומר דמתשובה זו נר׳ לכאורה שחולק על מהר״ם ז״ל שהרי שם הקהל מינו שליח לראובן שיגבה המס ויפרע לארמי מה שיגבה והוי ממש כנדון מהר״ם ז״ל שנתן המשלח מעות לשליח לפרוע לגוי אף כאן הקהל נתנו ביד ראובן שיגבה מן המס לפרוע לארמי ואעפ״כ כן פסק הרשב״א ז״ל דהכל לשליח אלא דיש חילוק דהאי התם שהוא אהבה לארמי והארמי נתן בפירו׳ לראובן משא״כ בנדון מהר״ם דלא אהבה לארמי ולא נתנם לרא׳ ודכל טעם מהר״ם הוא כיון דהגוי לא זכה בהשאפה בלים לא זכה בהם וברשו׳ ראובן קיימי אבל בנדון הרשב״א ז״ל כבר זכה בהם הארמי ונתנם לו לראובן בפירוש

ואשיבה ידי על הי״ם החכם השלם הפוסק כר״ו דאף טעם שכתבו הגהות אשירי דמזל בעל המקח גרם הוא טעם יחיד הע״ג דקאי אביאסף כותיה לא שבקינן כל הני מקמי טעמא דכתב אביאסף כו׳ ואם בשאינו מוחזק קאמר החרשתי אבל אם במוחזק קאמר וכמ״ש לדעת רש״י ז״ל הני הלכתא בלא טעמא דכיון דאיכא תרי רבותא דמסייעי למוחזק למה לא יאמר המוחזק קים לי כוותייהו ומ״ש דטעמא קליטא הוא דלא אשכחן דאמרינן הכי אלא דוקא גבי שותף כו׳ לא ירדתי לסוף דעתו דאע״ג דלגבי שותף אתמר לא מפני זה נאמר דלא נאמר אלא בשותף דאיכרא דבגמרא נאמר זה על שותף שרוצה לחלוק שלא מדעת חבירו שיכול חבירו לעכב דמזלא דבי תרי עדי׳ כלומר כיון דבעלמא מזלא דבי תרי עדיף יכול לטעון כן ואה״נ דבכל מקום שיכול לטעון כן נטעון כן אפילו שלא לגבי שותף ולפי דעת האביאסף הרי הגמ׳ ג״כ פירשו אפילו שלא בשותף לדעת האביאסף שהטעם הוא זה

ובמסכת כתובות פרק הנושא את האשה גבי מתניתין דאמרה אי איפשי לזון מבית בעלה פריך עלה בגמרא וליתבו לה כי יתבא התם ופרקינן מסייע ליה לרב הונא דאמר רב הונא ברכת הבית מרובה ופירשו רש״י והר״ן ז״ל ברכת הבית מרובה בני אדם שזורין זה את זה ומשתכרין ומזלא דרבים עדיף ע״כ הנה שאמרו מזלא דרבי׳ עדיף אפילו שלא לגבי שותף ועוד הכא נמי לגבי הני מעות הרי הם כשותפין נמי מ״מ דגבי דבר שאין לו קצבה אמרינן דמזל שניהם גרם ובמזל שאין לו קצבה דמזל בעל המעות גרם שבקיה לקרא דאיהו דחיק לאוקומי נפשי׳ כבר בעל ההגהות עצמו פירש הטעם דכיון דהמעות בא מחמת המקח מזל שניהם מעורב בו שהרי לא בא המעות מחמת המקח כיון שיש לו קצבה אבל בדבר שאין לו קצבה דיש לתלו׳ דהזילזול בא מחמת המקח אין לנו לכרוך עמו מזלו של אחר שאין כאן הוכחה ורוצה הייתי לדעת מהיכן ראה בדברי ההגהו׳ דמזלא דבי תרי עדיף כדי שיקשה עליה׳ מה שהקש׳ שאני רואה שאין דעת בעל ההגהו׳ לחלק בין מזל של אחד בין מזל של שנים אלא טעמו הוא דבדבר שיש לו קצבה שמוכח שאין המעות מחמת המקח יש לנו לומר שמזל שניהם גרם למעות זה וחולקין ולא מפני דמזלא דבי תרי עדיף אלא שהדברים מוכיחים דמזל שניהם מעורב בזה אבל בדבר שאין לו קצבה שאפשר לתלות שהמעות בא מחמת המקח ואין הוכחה שמזל השליח גרם למה נתלה במזל השליח ג״כ כיון שאין הוכחה בדבר

ואשא היום על מה שתמה החכם השלם הפוסק כר״ו על דברי התוס׳ והרבה להשיב עליהם ואני בעניי לא ירדתי לסוף דעתו דמה שהקשה עליהם שדברי ר״ת סתרי אהדדי ממה שכתבו כאן התוס׳ ז״ל בשמו ומ״ש שכאן בר״ה כאן שנה ר׳ הכל לבעל המעות כו׳

לע״ד איני רואה שום סתירה דלא חלקו התוס׳ ז״ל באותו דבור בין כשהוסיף מדעתו לטעות אלא בדבר שאין לו קצבה ומחמ׳ ההכר׳ דאל״כ תיקשי דר״י אדר״י אבל בדבר שיש לו קצבה אין חילוק בין זו לזו דבכולהו גווני חולקין ומה שהשיב ר״ת למהר״י ישראל ז״ל בדבר שיש לו קצבה הוא דאין חילוק בזה בין טעות להוספה מדעתו וכמ״ש וכן פסקו הרמב״ם ז״ל והרב בספר הקצר דאם היה דבר שיש לו קצבה כל מה שהושיכו הוא בין שניהם ושתמא משמע בין מדעת בין שלא מדעת וכמ״ש לעיל

ועוד אני מוסיף דלא כתבו התוס׳ ז״ל לחלק בין הוסיף לו מדעתו לטעה אפילו בדבר שאין לו קצבה אלא לר״י מחמת הקושיא דלא תיקשי דר״י אדר״י אבל לרבי יוסף דהלכתא כוותיה אין חילוק דבין בזו ובין בזו בדבר שיש לו קצבה חולקין ובדבר שאין לו קצב׳ הכל לבעל המעו׳ והתימא מהחכם השלם הפוסק כר״ו שכתב וכ״ש ברייתא דקתני ר״י אומר חולקין דאיירי נמי בהכי דאמ׳ לו המוכר בפירוש קח זה בעבור מקחך כו׳ דמה בכך דנהי דברייתא איירי בהוסיף לו מדעתו אבל ה״ה בטעה היכא שיש לו קצב׳ אף לר״י ושל שאר הקושיות שהקשה אין צורך להשיב עליהן וכי עד השתא לא ידעינן שהמוחזק זוכה מחמת חזקתו אף ע״פ שאם לא היה מוחזק היה האחר זוכה בדין וכן מה שהקשה לר״י אמאי חולקין הא מוחזק הוא וידו על העליונ׳ וכעין זה הקשה על הרי״ף ז״ל וכי ר״י בתר מוחזק ואינו מוחזק קאזיל אכן הוא דקא אמרי׳ דהמוחזק ידו על העליונה מחמת המחלוקת דאין בנו כח להכריע אבל ר״י חולקין מדינא קאמר דכיון דהשליח הוא המשתכ׳ והמעות של בע״ה גרמו לו להשתכר זכו שניהם במעות וחולקין אבל מה שהקשה דכיון דמטעם מוחזק אתו יהיה הכל שלו הא ודאי קושיא היא ועיין במ״ש לעיל בס״ד לתרץ זה

וראיתי אני מה שהשיב החכם השלם הפוסק כר״ו דאין המוחזק יכול לומר קים לי כר״ת לא כפסקא קמא דאמר חולקין ולא כפסקא בתרא דאמר הכל הוא לבעל המעות איברא שכן מוכיחין דברי מהריב״ל ח״א סי׳ כ״ב אבל כבר כתבתי דהדבר תמוה דכיון דלפסקא קמא קיימי בשיטתיה רב צמח גאון והרב בעל העיטור ותשובות דשייכי לספר קנין סימן כ״ב למה לא יוכל המוחזק לומר קים לי כוותייהו וכבר תמה מהרא״ד״ב ז״ל בתשובה סימן קכ״ה על מהריב״ל ז״ל בזה והסכים דיכול המוחזק לומר קים לי כר״ת ושיטתו דחולקין וכן הסכימו הרא״ם ובנימין זאב כמ״ש בס״ד וכן דעתי הקצרה נוטה וכן ראיתי להחכם השלם הפו׳ כר״ו כתב לכנינו להסכים סברת רב צמח גאון עם סברת ר״י ז״ל וכתב דרב צמח גאון ז״ל איירי כשהמעות בא מעסק המקח בשעת המקח ובהא אפילו ר״י מודה אבל אם אינו בעסק המקח בשעת המקח סובר ר״י דהכל לשליח ובהא אפילו רב צמח גאון ז״ל מודה ובזה בכה דייק על הרא״ד״ב ז״ל במה שתפס על הריב״ל בזה ואני לא באתי לידי מדה זו דאיך אפשר לומר דרב צמח גאון מחלק כן כיון דנכנס רב צמח גאון ותשובות דשייכי סימן כ״ב משום דאילמלא זוזי דהאיך לא היה מטעה לגוי כו׳ וכמ״ש למעלה ועיין מ״ש בדעת התוס׳ שלא להוכיח מדבריהם דר״י ז״ל מודה דכשהטעהו בשעת המקח דחולקין

ועוד אני תמיה עליו הן לו יהי כדבריו דרב צמח אינו חולק עם ר״י ז״ל מה הרויחו בזה לענין הקי״ל הרי הרב בעל העיטור ס״ל כר״ת קודם חזרה דחולקין וה״ל

ר״ת

ר"ת והעיטור תרי גברי רברבי דמסייעי למוחזק ויכול לומר קים לי כוותייהו ויכא פסקו של הרא"ש ז"ל בנדון דיברור ובעד הרב מהריב"ל ז"ל יש להלין דכיון דאיהו מסיק דמה שנתן ראובן לשמעון אין מוציאין מידו לא דקדק לבאר דלהחזיק החצי יכול לומר קים לי והרי הוא כאלו אומר אף אם כאמ' דאינו יכול לומר קים לי כר"ת כלל בשום לד בנדון זה מה שנתן נתן

וראיתי לרב ז"ל בב"י סימן קפ"ג שבעל תשובת הרשב"א ז"ל דסימן תרע"א שהעתיק שם כתב ועיין מ"ש רבינו ס"ם זה כו' ע"כ כלומר שכתב בשם מהר"ם בכ"ד שהכל לשלוח ואינו סותר את עצמו וכמ"ש בש"ד והמעיין בדברי הפוסקים אחרונים וקדמונים יראה דאין גם א'מן הפוסקים יסבור בדין ראובן ששלח לשמעון לקבל מעות מן הגוי וטעה הגוי ונתן לו יותר שהמותר לבעל המעות זולת ר"ת ז"ל לפי החזרה שחזר בו כמ"ש התוס' והרא"ש ז"ל והמרדכי והגהות ז"ל בשמו ואם ראה תראה לרי"ו ז"ל נכ"ח הביא דברי ר"ת ז"ל דהכל לבעל המעות כשהם מתנה מגלה תברא דרבינו ירוחם ז"ל עצמו בנכ"ב הביא מחלוקתו בלדו שר"י והרא"ש ז"ל חולקים על רבינו תם ושוברים דהכל לשלי' ונראה שדעתו נוטה לדברי ר"י ז"ל וכמ"ש הרב ז"ל בב"י סימן הנז' ומאחר דרבינו ירוחם ז"ל מזכי שטרא לבי תרי לא מותיב מותבינן מיניה ולא סיועי מסייעינן מיניה כ"ש שכבר כתבתי למעלה ישוב לדבריו בהנחה שדעתו כדעת ר"י גם מ"ש המרדכי והרב בעל הטורים תשובת מהר"ם ז"ל דהכל לשלוח אינו חולק על דברי ר"י ז"ל שהרי הרב בעל הטורים ז"ל כתב שהרא"ש ז"ל הסכים לדעת ר"י ז"ל ובסוף הסימן כ' הסכמתו כדעת מהר"ם וכן הר"אש בפ' אמנה ניזוני' הסכי' לדברי ר"י ז"ל ובפרק הגוזל עליס הסכים לדברי מהר"ם ז"ל וע"כ לומר דההפרש בין שני הנושאים הוא דשאני נידון ר"י ז"ל דהגוי טועה ונותן לישראל יותר אז זכה השליח באותו תוס' שהוסיף הגוי שלא כדין אבל בנדון מהר"ם ז"ל מאיזה טעם יקנה השליח הרי כשראובן נתן כל המעות ואמר לו ליתנם לגוי לא זכה בהם הגוי כל זמן שהם ביד שמעון וכל זמן שהם ביד שמ' ברשות ראו' קיימי ואם שכחם הגוי כילד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו שהרי לא נתכוון ראובן לזכות המעות לשמעון אלא לגוי כמ"ש מהר"ם ז"ל עצמו בתשובתו הובאה במרדכי בפרק אלמנה ניזונית ופרק הגוזל בתרא וכ"כ הגהות מרדכי פרק אלמנה ניזונית והסמ"ע והב"ח והרש"ל חלק ח"מ סימן כ"ו ומהרש"ך ח"א סימן כ"א והרא"ב ז"ל סימן קכ"ד וקכ"ה ויש לתמוה על מהרש"ך ועל מהרש"ל שכתבו חילוק זה ולא כתבו כן בשם מהר"ם ז"ל גם על הרא"ב ז"ל סי' קכ"ה שהרבה להביא הכרחיות להביא הוכחות להחכ'הגוזל עומיהו' נראה שכתבו ההגהו' הוא לסברת ר"י ז"ל ולא הביט תשו' מהר"ם ז"ל שאומר' כן בפירוש

איברא שמדברי ר"ש יש בהם מן הספק ולכאורה נר' שסובר כחזרת ר"ת דהכל לבעל המעות דלפי פי' שפירש לדבריו שיש בו קבלה חולקין דמתנה הוא י"ל לשליח ניתנה וי"ל לבע"ה ניתנה יוכח דטעות הגוי שאינו מתנה וליכא למימר לשליח ניתנה הכל לבעל המעות וכן ראיתי להרד"ך ז"ל בבית י"ט כתב דר"ת אחר חזרה דאית ליה דהכל לבעל המעות משום דסבר דטעמו של ר"י ז"ל עיקר והך טעמא לא שייך לומר גבי טעות ע"כ ועיין ע"ש ובהרא"ב ז"ל סימן קכ"ד וכן מוכיחין דברי התוס' בפרק אלמנה ניזונית בדף כ"ח ע"ב ד"ה אמר רב פפא כו' כתבו ז"ל וז"ל שאל ר' ישראל ז"ל לר"ת ז"ל והשיב לו ואמר שאלת של ראובן ששלח לשמעון לקבל מעותיו וטעה הגוי בחשבון ונתן לו יותר כ"ל דהולקין דטעמא דחולקין כיון דבעל המעות קבל קלבתו מה לו בטעותו של שליח אלא אמרינן הואיל ועל ידי מעותיו נשתכר יהיב ליה פלגא הכא נמי גבי טעות כו' אע"ג דאיכא למימר טעמא אחרינא גבי חולקין האי טעמא דפריש' הוא עיקר דמוחזק ידו על העליונה וחולקין ע"כ והך טעמא אחרינא הוא טעמא של רש"י ז"ל כמ"ש רש"י ומדקאמר דאית לן למימר דחולקים משום דהשליח מוחזק ולא כטעמו של רש"י ז"ל משמע דלטעמו של רש"י ז"ל הכל לבעל המעות כיון דלא הוי מתנה ויש לתמוה דהמרדכי ז"ל כתב והביאו הרב ז"ל שכדברי ר"י ז"ל פסק רשב"ם ז"ל לפני רש"י ז"ל זקנו ומשמע דרש"י ז"ל הודה לו דוחק לומר דרש"י ז"ל חולק ולא פירשו המרדכי ובהכרח כ"ל דאף דרש"י ז"ל בפירושיו פירש כר"ת כשפסק רשב"ם לפניו כסברת ר"י ז"ל חזר והודה לפני רשב"ם או אפילו בפירושו סובר הרב ז"ל כדעת ר"י ז"ל דהכל לשליח

ולכן נראה דאע"ג דרש"י פירש דחולקין משום דמתנה הואי כו' בנדון דר"ת ור"י מודה דהכל לשליח דהן אמת דיש לדקדק מדבריו דאם אינו מתנה אין כאן חלוקה מ"מ לא תידוק מדבריו דהכל למשלח אלא אדרבא הכל לשליח דבשלמא במתנה איכא לספוקי למי ניתנה וחולקין אבל בטעות הגוי דאין כאן מתנה אלא גניבה וגזילה מה טיבו של בעל המעות בזה ואפי' חולקין לא שייך למימ' מפני שעל ידי מעותיו נשתכר דלא דמי לשאר טעות שנותן הכל בשביל המעות שסובר שהמעות שוות כל מה שנתן לו או נתנם לשליח אבל הכא טעות בעלמא הוא ודבר בפני עצמו שאם היה רוצה היה מחזיר לגוי כל מה שהטעהו כמ"ש ר"י ז"ל

מעתה דברי התוס' ז"ל כך מתפרשין אע"ג דאיכא טעמא אחרינא גבי חולקין והוא טעמו של רש"י ז"ל כיון דמתנה הוא כו' ולפי זה יוצא דהיכא דאינו מתנה אלא טעות הכל לשליח מטעם ר"י ז"ל אלא האי טעמא דפרישית הוא עיקר דהואיל וע"י מעותיו נשתכר יהיב ליה פלגא ובאופן אחר יש לפרש דברי התוס' ואפ"ה אין כאן הוכחה שרש"י ז"ל סובר כר"ת וה"פ אע"ג דאיכא טעמא אחרינא והוא טעם רש"י ז"ל ואפי'כדמה גזל למתנה לפי טעמו דמשום ספיקא הוא יד המוחזק על העליונה דאם המשלח או השליח מוחזק המוחזק יטול הכל הך טעמא דפרי' הוא עיקר דאינו מטעם ספק אלא מטעם דעל ידי מעותיו נשתכר ראוי שיהיה למשלח חלק בו אין כאן תורת מוחזק דאפילו יהיה אחד מהם מוחזק לעולם חולקין ומ"ש דמוחזק ידו על העליונה כלומר אם היה המשלח מוחזק אפשר דהיה טוען שהטעם הוא כדפרש"י ז"ל והואיל והוא מוחזק יטול הכל אבל כיון דהשליח מוחזק ידו על העליונה לומר דטעם התוס' ז"ל עיקר וחולקין ולפירושא קמא כ"ל דמ"ש דמוחזק ידו על העליונה וחולקין לא קאי אהך טעמא דפרישית דלהאי טעמא לאו משום דמוחזק אלא מן הדין ועוד דאי מטעם מוחזק הוא גם את הכל יקח כדברי רש"י ז"ל אלא מאי דקאמר דמוחזק ידו על העליונה אטעמא אחרינא קאי והרי הוא כאלו אמר ואע"ג דאיכא למימר טעמא אחרינא ויטול הכל המשלח משום דמוחזק הוא וידו על העליונה הך טעמא דפרישית עיקר וחולקין אע"ג דמוחזק הוא

איברא שמדברי הרא"ש ז"ל לא משמ' הכי אלא שלהיותו השליח מוחזק חולקין וכן הבין הרד"ך ז"ל בבית י"ט ואם נפרש שדברי ר"ת ז"ל אמורים אפילו כשמסר השליח המעות למשלח קודם שהכיר בטעות אפשר שהולרך לטעם מוחזק ליכות המשלח בחצי וא"כ נפרש שדעת רש"י ז"ל בפירושו כדעת ר"ת במעשה שבא לפני רשב"ם ז"ל חזר

חזר והודה כאופן דאין מי שיודה לר"ת דהכל לבעל המעות בחזרתו

האמנם . מה שתלה בדעת ר"ת ז"ל קודם חזרה דחולקין בעל העיטור קאי כותיה ולא תימא כיון דר"ת חזר בו במזר הרב בעל העיטור ז"ל יהיה כסברא זו דכיון דר"ת חזר בו דהכל לבעל המעות בכלל מאתים מנה וכיון דס"ל דהכל שלו כ"ש החצי וכ"ש דתשובת רב למיו גאון שהביא המרדכי ז"ל קאי כבעל העיטור ז"ל וכמו שכתב הרא"ב ז"ל בסי' קכ"ד

וגם. ראיתי להחכם השלם הפוסק מה שהרבה להקשות על מהר"י אדרבי ז"ל ורוב קושיותיו נעלמו ממני. דמה שהקשה עליו דנראה מדבריו דלר"ת בין טעות דיוקרא וזולא בין טעות חשבון הכל הוא לבעל המעות ואינו דהיינו דוקא בטעות דיוקרא וזולא אבל בטעות חשבון איכשר לומר כמ"ש ר"י ז"ל דהכל לשליח קלור קברה יד שכלי מלהבין דבריו דאם כונתו לומר דאף לר"ת ז"ל יש חילוק בין טעות דיוקרא וזולא לטעות חשבון ליתא דבפירוש השיב למהר"י ישראל ז"ל יחולקין והיינו לדבר שיש לו קצבה והוסיפו לו א' יתירה דר"י אומר חולקין אע"ג דהתם לא הוי טעות חשבון ור"י חלק על ר"ת ז"ל וחילק החילוק הזה וחילק בין. כיון התלמוד לטעות השבון ואם כונתו להקשות דמי הגיד למהר"י אדרבי ז"ל דהתוס' בד"ה כאן שנה רבי הכל לבעל המעות אזלי כר"ת דאינן מחלק בין טעות דיוקרא וזולא לטעות חשבון ולא אזלי כר"י דמחלק ביניהם כגון דא לא צריכא רבה לאודועי שדברי התוס' באותו דבור. הם דברי ר"ת שכן התחילו נראה לר"ת וסיימו ר"ת וכיון דרבינו תם. הוא בעל דברים אותו דבור והוא המדבר והאי כשחילק בין הוסיף מדעתו לטעות השבון הוא בין בטעות דיוקרא וזולא בין טעות חשבון כמ"ש בתשובה שהשיב למהר"י ישראל ז"ל ועוד הן לו יהי כדבריו שדברי התוס' יתפרשו דוקא בטעות דיוקרא וזולא ולא בטעות חשבון הא והאי פשיטא לר"ת אין חילוק ביניהם דבכולם חולקים קודם החזרה והכל לבעל המעות אחר החזרה וכיון דמהר"י אדרבי ז"ל בתשובה זו הולך על פי דעת ר"ת ז"ל דאין חילוק. בין טעות לטעות מה מלא בו עול במהר"י אדרבי ז"ל במ"ש דבנדון שלו חייב שמעון ליתן כל דמי הטעות בשותפות שלא כסברת ר"י ז"ל החולק על ר"ת בזה גם מה שהקשה עליו דמהר"יבל פסק הכך דבריו נבראו אגבריו קא רמית מהרי"בל ז"ל ס"ל הכי ומהר"י אדרבי ז"ל ס"ל הכי ואם זו קושיא בואו ונקש'עליו דמהר"שך בח"מ סי' כ"א נשאל על שאלה זו של מהר"י אדרבי ופסק כמהר"יבל דהכל לשליח אם לא מפני התנאי ועוד מה זו תשובה מהרי"בל ז"ל ס"ל דהלכה כר"י דהכל לשליח ולכן פסקו דהכל לשליח אבל מהר"י אדרבי דעתו כדעת ר"ת ז"ל דהכל לתמלא בעל המעות ולכן פסק דיחלוקו דשניהם בעלי הממון נינהו גם מה שהקשה עליו דמאחר דמסיק דמטעם התנאי והשבועה שהתנו ביניהם דאפי' מציאה בשוק יחלוקו גם בזה יחלוקו מאי אהני ליה לפסוק כר"ת נגד ר"י וכל רבוותא ז"ל כיון שבנדון שלו אפי' לסברת ר"י יחלוקו תמהני עליו דאם הקושיא היא למה פסק כר"ת כנגד ר"י זו היא קושיא עצומה ואף שבנדון שלו לא יהיה תנאי ביניהם לא היה לו לפסוק כר"ת נגד ר"י וכבר הקשה קושיא זו החכם השלם כר"ן אבל אם כונתו בהנחה מונחת שמהר"י אדרבי רצה בדעתו לפסוק כר"ת ז"ל מה קושיא היא זו דכיון דמון שלו אפי' ר"י מודה מאי איכפתיה לפסוק כר"ת דכיון דהוא סובר דהלכה כר"ת הוצרך לפסוק כמותו להשמיענו בעלמא דאפי' דלא הוו שותפין אלא שליח דעלמא הכל לבעל המעות וכמ"ש מהר"י אדרבי ז"ל בפירוש וז"ל הרי דמתבררא דאפי' שמעון דנ"ד לא היה שותפו של ראובן אלא שליח בעלמא היה הדין נותן שכל הטעות לבע' המעות כ"ש בנדון זה שהיו שותפין כו'

גם . מה שהקשה עוד דמ"ש ואע"ג שכתבו התוספות שאלו לר"ת כו' כבר כתבו באותו דבור שר"ת עצמו חזר בו דנראה דאם ר"ת לא היה חוזר מסברתו לא שמעינן מיניה מה שפסק הרב וזה אינו דאפי' לפסקא קמא דר"ת דחולקין זהו הנרצה אפלו דיחלוקו השותפין אע"ג דלכאורה נראה דהיא קושיא במעט עיון יתבאר דבכל' כל אמרי הרב דבשלמא לפי חזרת ר"ת דהכל לבעל המעות יוכל דחייב שמעון ליתן כל דמי המעות לתוך כיס השותפו' דכיון דהשם שותפים תרוייהו בעלי מעות נינהו והולקין בשוה אבל לפי דעת ר"ת קודם החזרה דחולקין השליח והמשלח נמצא דבנדון מהר"י אדרבי ז"ל נוטל שמעון שלשה חלקים וראובן חלק א' הא כיצד נוטל שמעון החצי מדין שליח והחצי האחר שהדין נותן שהוא לבעל המעות נוטל שמעון ג"כ החצי מפום דאיהו נמי הוא בעל המעות כדכתבי' לזה כתב הרב שכבר חזר בו ר"ת והסכים דהכל לבעל המעות ולפי זה אין השליח נוטל מדין שליח. כלום אלא חולקין שוה בשוה

והנה בת"ש החכם השלם הפוסק נר"ו ליישב דברי מהר"י אדרבי בהקדמתו נראה שיש גם כ"מ שכתב וז"ל שנית דהוסיף לו מדעתו בפירוש וא"ל כו' והפ"ה הכל לבעל המעות בין לר"י בין לרבי יוסי. ע"כ והא ודאי ע"ש הוא דלא כתבו התוס' דר"י ורבי יוסי הושוו דהכל לבעל המעות אלא בטעות שמכר בזול אבל בהוסיפו לו מדעתו בהא פליגי וכן מ"ש דמדבר שיש לו קצבה דדינא הוא דחולקי' היינו כה"ג כו' הולך לשטתו שכתב כן למעלה וכבר כתבתי שאין נראה כן בעיני ובעיקר ישובו לתשובו' מהר"י אדרבי הנה החכם השלם הפוסק נר"ו הולך על פי שטתו שכתב למעלה דיש לחלק בין טעות שבשעת המקח לטעות שאינו בשעת המקח ור"י ורב למח גאון לא פליגי וכבר כתבתי למעלה דאין דעתי כן אין צורך לכפול הדברים ואפי' לפי שטתו מי הגיד לו שבנדון מהר"י אדרבי היה הטעות מחמת המקח ובשעת המקח נהי דמחמת המקח היה מ"מ לא היה בשעת המקח אלא שהיה קונה בגדים ומקיפן ולאח"כ בשעת הפרעון היו טועים ונותנים לו יותר מדמי המכר והיינו כיון שאל מהר"י ישראל לר"ת שלדעת ר"י וסיעתו הכל לשליח וכן ראיתי במהרש"ך ח"מ סי' כ"א הובאה שאלה זו של מהר"י אדרבי יותר באורך ומשם מתבאר שהטעות היה בשעת הפרעון מהבגדים שהקיפו אותם לזמן ע"ש ועוד אם דעתו דנדון שלו אפי' ר"י ז"ל מודה דהכל לבעל המעות מפני שהיה הטעות בשעת המקח מה לו למהר"י אדרבי להביא דברי ר"ת שאינן כהלכה כך הי"ל לומר בקיצור ואע"פי שר"י כתב דהכל לשליח היינו דוקא בטעות שלא בשעת המקח וכב' ראיתי להחכם השלם כר"ן דנרגש מזה וכת' דהביא דברי ר"ת ז"ל להשמיענו שדברי ר"י לא נאמרו אלא כשהטעות הוא בשעת המקח ולא הועיל כלום בתירוצו דלפי זה מהר"י אדרבי ז"ל עשה מהמסובב סבה והסבה מסובב שאם היה ר"ל דמר"ת כשמע לר"י כך הי"ל לומר ואע"פי שר"י כתב שהכל לשליח היינו דוקא בטעה שלא בשעת המקח שהרי חלק על דברי ר"ת ז"ל שבדון שלו היה בטעות שאחר המקח ועוד כיון דר"ת חולק וסובר דאף בטעות שבשעת המקח חולקים היה להם לתוס' ולפוסקים לנאמר שר"י אינו חולק על ר"ת ז"ל אלא בטעות שבא שלא בשעת המקח

ואי קשיא על מהר"י אלרבי הא קשיא במ"ש דמ"ש ר"י דזהו תימא דלא היה יכול להודיעו ולהחזיר דאדרבה תימא הוא שיכול להודיעו ולהחזיר כמ"ש מהר"ש ואינו יכול לומר אע"פי שעכשיו הכותי אחזירם לו דבשלו יכול לקדש את ה' ולא בשל אחרי' ע"כ ומה ענין זה לזה בנדון מהר"ש ז"ל דהמעות היה למשלח ושלחם ביד שמעון לפרוע לגוי כל זמן שלא לקחם הגוי ברשות ראובן קיימי ואינו יכול שמעון לומר אחזירם לו דבשלו יכול לקדש את ה' ולא בשל אחרים אבל בנדון ד"י דאין זכות למשלח באותו טעות ולא זכה בהם עדיין אם היה רוצה להחזיר היה יכול וכן הקשה עליו הרא"ד"ב בסי' הנז' וצ"ע ותו איכא לאקשויי למהר"י אלרבי ויתבאר לפנינו בס"ד ויש לדקדק על הרב בספר בדק הבית שכתב ולענין הלכה כיון דהרשב"א והרא"ש ז"ל מסכימים לדעת אחת הכי נקיטינן ע"כ ולאו הרשב"א והרא"ש לחודייהו קיימי בהך סברא דכולהו רבוותי' ס"ל הכי לבר ר"ת וכמ"ש וכן הסכימו ספר המפה והלבוש וסמ"ע והב"ח ואולי לא כתב הרב כיון דהרשב"א והרא"ש מסכימין לדעת א' אלא לגבי מה שהסכימו דהכל לשליח ואינם חולקין דבזה איכא רבוותא דס"ל דחולקין וכמ"ש לפנינו בס"ד אבל מ"ש ר"ת ז"ל דהכל לבעל המעות אין צורך להרשב"א והרא"ש ז"ל בזה דכ"ע חולקין על ר"ת בזה ואפי' המוחזק אינו יכול לומר קים לי כותיה כמ"ש מהרי"בל בח"א סי' כ"ב והרא"ד"ב סי' קכ"ד והתימא מתהר"י אלרבי בסי' שפ"ג שנראה מדבריו דקי"ל כר"ת דהכל למשלח מה ראה לפסוק כר"ת שהוא יחיד בדבר הזה ויותר תימא דבסי' קי"א וקפ"ט פסק כר"י דהכל לשליח ופליאה דעת ממני דאפי' נימא דהלכה זו במחלוקת היא שנויה איך פסק בסי' שפ"ג להוציא מיד המוחזק כנגד סברת ר"י וכולהו רבוותא לבר ר"ת ז"ל וכבר הקשה עליו הרא"ד"ב בסי' קכ"ד:

ויש ליישב ולהליץ בעד מהר"י אלרבי דלא החליט המאמר בסי' שפ"ג דהלכה כר"ת אלא בנדון שלו שהיו שותפין שם כתב שנראין דברי ר"ת וכבר נשאל מהרש"ך בח"א סי' כ"א על הנדון הלז של מהר"י אלרבי ועלה בדעתו לחלק בין שותף לאיניש דעלמא ולבסוף לא עמד כי הדפו נתברר דברי הרא"ש ואם כי שניהם פסקו באותו הנדון דבשותפין הריוח הוא לאמצע מחולקין הם בטעמם שלדעת מהרש"ך מפני התנאי כמ"ש לפנינו בס"ד ומהר"י אלרבי יסבו' דאפי' לא התנו כן בפירוש כל שהן שותפין הטעות הוא לאמצע ואינו מחוור ולפי מ"ש שמהר"י אלרבי לא החליט המאמר לפסוק כר"ת אלא בנדון שלו שהיו שותפין מ"ש הרב הרי דמסתברא דאפי' שמעון דכ"ד לא היה שותפו של ראובן אלא שליח דעלמא היה הדין נותן שכל הטעות לבע' המעות כ"ש בנדון זה שהיו שותפין ע"כ ה"ק הרי מסתברא שאפי' שמעון דכ"ד לא היה שותפו של ראובן אלא שליח דעלמא היה הדין נותן שכל הטעות לבע' המעות לסברת ר"ת כ"ש בנדון זה שהיו שותפין שאפי' ר"י מודה דהטעות לאמצע ודוחק:

הכלל העולה דלומר קים לי כר"ת אחר החזרה דהכל למשלח אפי' המוחזק אינו יכול לומר קים לי איברא דהיינו דוקא לומר קים לי כר"ת לזכות בכל המעות אבל לומר קים לי כר"ת וכבעל העיטור לזכות בחצי המעות יכול לומר כן וכ"כ הרא"ד"ב בסי' קכ"ד ובנימין זאב בסימן תב"ו אמנם בנימין זאב לא כיון להלכה שהוא פסק דחולקין אע"ג דהשליח מוחזק וזה תימא דאם מפני המחלוקת דיש מי שאומר פסק דחולקין לא פרק בזה דסברת ר"ת לאחר חזרה כנגד כל הני רבוותא איכא משנה ואינו יכול לומר קים לי ובמ"ש ואם מפני המחלוקת די"א דחולקין וי"א דהכל שליח פסק דחולקין הי"ל לפסוק לבעל המעות יטול רביע דלמחצה אין חילוק בין ר"ת ור"י ז"ל דכולהו מודו בהאי חצי הוא שליח אי פליגי בחצי האחר לדעת ר"י אף החצי האחר הוא לשליח ולר"ת למשלח וכיון דאיכא פלוגתא יחלוקו אותו החצי ונמצא השליח נוטל ג' חלקים והמשלח רביע ועיין במהרי"בל ז"ל וכתבתיו למעלה ועיין מ"ש על דבריו ועוד אני אומר דיכול המוחזק לומר קים לי כרש"י ז"ל ותשובות להרמב"ן סי' ס' וכמ"ש למעלה וגדולה מזאת אני אומר דאם השליח מוחזק יכול לומר קים לי כמעט הגהות אשירי ולדידהו אפי' נתן בפירוש למשלח חולקין ועיין מה שכתב למעלה:

ולענין דינא בנדון שלפנינו העלה החכם השלם הפוסק נר"ו לזכה ראו' בכל הטעות ההוא אפי' בהיות ש' מוחזק והרבה טעמי' לזה וכולם נכוחים למבין ובפרט מ"ש דכל הטעמים שנתנו הפוסקים לזכות לשליח לא שייכי לנ"ד דאדרבה הם עזר וסיוע לראובן אמת ויציב ואני מוסיף נופך משלי דלא נחלקו ר"י ור"ת ז"ל אלא אם הכל לבע' המעו' או לשליח ובנדון שלנו ראובן הוא שליח ומשלח משלח הוא שהמעות הוא שלו שליח הוא שהוא המטעה את הגוי וא"כ בין לר"ת בין לר"י הכל הוא לראובן ומכ"ש שסברת ר"ת קודם חזרה והרב בעל העיטור דחולקין השליח והמשלח אינה מחייבת לראובן לחלוק דהרי הוא שליח ומשלח כדכתבינן וזכה בכל החצי מטעם שליח והחצי מטעם משלח ואע"פי שבסבת שמעון בא לו הריוח הזה ודמי קצת לנדון רב כמה גאון כבר חילק החכם השלם הפוסק חילוק נכון דהתם שאני דהשליח בעצמו הטעה לגוי ושייך טענה דרב כמה גאון דאלמלא לא היה מטעה זה לגוי לא הוה כי"ש מה שאין כן בנדון שלפנינו דהוא לא הטעה לגוי ולא עשה ולא כלום כי אם ראובן בעצמו הוא המטעה והמעות נ"כ שלו הם ובחילוק הזה יתיישב ג"כ מה שנראה מדברי הרד"ך ז"ל בית י"ט קצת סתירה למ"ש שהרי בנדון שלו לא זיכה לבע' המעות אלא מטעם היותו מוחזק אבל אם השליח היה מוחזק היה זוכה בטעות ההוא ואע"פי שמסוף דבריו נראה שאע"פי ששמעון מוחזק מזכה לבע' המעות כבר הרב בעצמו נרגש מזה וכתב בסוף דבריו ולמעיין שיחשוב שמכאן נראה הפך דברינו יעיין היטב וימצא שאינו כן ע"כ ובתשו' אחרת סי' א' מהחלק הזה ובספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' ד' בהגהת ב"י אות ג' ממהדורא ב' ביארתי החילוק תבנא לדינא דלא קשיא מתשובת הרד"ך ז"ל דהתם שמעון נעשה ערב בשביל ראובן והגוי ג"כ מכיר לשמעון אם אין לראובן לשלם עדיף מהטעה את הגוי בין בדבור בין במעשה ולכן אם היה מוחזק חולקין אבל בנדון זה לא עשה ולא כלום כדכתבינן וכן מתבאר מדברי מהר"ש הלוי חלק ח"מ סי' כ"ג וכל מקום שתמצא לפוסקים מזכים לשליח הוא כשהשליח פעל ועשה אי זה דבר משא"כ בנ"ד סוף דבר מי שיראה תשובת הרא"ד"ב סי' קכ"ה ישא ק"ו בעצמו לנדון שלנו שנשאל הרב ז"ל בראובן שהיה חייב ד' מאות דינרים לגוי ובא שמעון ומנאם והטעהו לגוי ובמקום ד' מאות נתן לו שלש מאות ואמר לו לגוי שהם ד' מאות וסייע שמעון שנתן כ"כ לבנים שהיה חסר לתשלום הפרעון כדי שילך הגוי ולא ירגיש בטעות ואמר לראובן ראה שהטעות נחלוק אני ואתה ושתק ראובן ועתה בא שמעון שהוא מוחזק וחייב מעות לראובן ורוצה לגבות החצי מהטעות כאשר אמר לראובן שיחלוקו והשיב הרב דל"מ שבשתק ראובן בשעה שאמר לו ראה שהטעות נחלוק בין שנינו שאין לשמעו' בטעות כלום אלא אפי' הודה לו בפירוש כל דליכא קנין מהדר קא הדר ואפי' שמעון מוחזק לא מצי לעכב ממון של

ראובן ע"כ והדברים ק"ו. אם בנדון הרב ז"ל שמעון היה השוליח והמוציא במעשה ובדבור והוא היה מונה לגוי של דינרים בת' והוא אמר לגוי שהיו ת' ונתן לו קצת לבנים מכי זו לתשלום הפרעון כדי שילך הגוי ולא ירגיש בטעות ואמר לראובן שהטעות נחלוק בינינו ופסק הרב שאפי' הול לו בפירוש בלא קנין לא זכה שמעון ואע"פי שהוא מוחזק במעות ראובן יחזור לו מתוכו כ"ש וק"ו בנדון שלנו שאמעון לא דבר כלום לסוחר ולא מנה הדינרים והטעה לגוי ולא דבר מאומה עם ראובן שהמעות יחלקו בין שניהם אלא הכל נעשה ע"י ראובן ושמעון יושב ודומם כמי שלא היה פה שאין לשמעון על ראובן שום זכות ולא מכי לעכובי מה שחייב בשביל זה שאינו זוכה כלום

בללא דמילתא דעתי מסכמת למה שפסק החכם השלם הפוסק טובייאנא דחכימי כר"ו יפה דן יפה הורה יפה זיכה לראובן ואפי' אם שמעון מוחזק יוציאו בלנו מפיו דלא מהני ליה חזקה כיון דאינו זוכה בכלום לכ"ע הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה.

סימן קל"ד

להחכם השלם כמה"ר יצחק די אלוה נר"ו איזמיר הת"כל

ראיתי מה שהשיב החכם השלם סיני ועוקר הרים כמה"ר יצחק דיא לבה נר"ו על השאלה הזאת ולא יכולתי לעמוד על בירור דעתו מפני שהחכם השלם הנז' פתח בכל וסיים בחצית בתחלה כתב שהדין פשוט שהכל לשליח ואח"כ כתב דהטעה היעולה שיחלוקו ולא ידעתי לסוף דעתו בזה כמו שאכאר ועוד שהאריך הרבה במקום שאמרו לקצר שתים הנה מכשוכי מלירד לסוף דעתו בזה ואני אשר עם לבבי אשיחה כאשר הראוני מן השמים והנה שרש דין זה מהא דאמרינן בפרק אלמנה ניזונית כאן שב: ר' הכל לבע' המעות כמ"ש החכם השלם הפוסק כר"ו והמעיין בספרי הפוסקים בשין שלו יביט הבטה מבוארת דאין גם א' מהפוסקים שסוברים בדין ראובן שאלה את שמעון לקבל מעות מן הגוי וטעה הגוי ונתן לו יותר שהמותר לבעל המעות אלא ר"ת לבד אחר החזרה שחזר בו כמ"ש התוס' ז"ל והרא"ש והמרדכי וההגהות בשמו ורי"ו בנכ"ח שהביאו דברי ר"ת ז"ל דהכל לבעל המעות כספם משנה מסדה תברה וכמ"ש בתשו' אחרת סימן קל"ב מהחלק הזה וגם כתבתי שם מ"ש הרב בעל הטורים ז"ל סי' קפ"ג והמרדכי בשם מהר"ם ז"ל דהכל לשליח אינו חולק על זה יע"ש שכתבתי די"ש לחלק כמו שחילק מהר"ם ז"ל עצמו בתשובתו הובאה במרדכי פ' אלמנה ניזונית ופרק הגוזל בתרא

ויש לתמוה על החכם השלם הפוסק שחילק חילוק זה וכתב ששמח שמחה גדולה שמצא חילוק זה בהרשד"ם חח"מ סימן כ"ו ולא הביט שמהר"ם ז"ל עצמו כתבו בתשו' הנז' ולא על החכם השלם הפוסק תלונותי אלא על מהרשד"ך ז"ל בח"מ סי' כ"ח שחילק חילוק בזה בין נ ון דר"י לנדון מהר"ם ז"ל והכריחו מדברי הרא"ש ז"ל ולא ראה שמהר"ם עצמו כתבו כמ"ש גם על הרשד"ם יש לתמוה שכתב חי' זה ולא כתב שמהר"ם ז"ל כתבו

ואיך שיהיה זכינו לדין שאין מי שסבור דבטעה הגוי ונתן יותר דהכל לבעל המעות אלא ר"ת לבדו ולא קי"ל כותיה כיון דהוא יחיד אפילו המוחזק יכול לומר קים לי כותיה והתימא ממהר"י אדרבי ז"ל סי' קפ"ב שנראה שדעתו לפסוק כר"ת ולא עוד אלא שסותר את עצמו מסי' זה לסי' קי"ג וקפ"ט ועוד קשיא טובא בדברי מהר"י אדרבי ז"ל האדרכתי עליו בתשובה הנז' גם בתשובה הנז' נתלתי על דברי הרב בעל הטורים ז"ל בסוף סי' קפ"ג שדבריו מגומגמים גם הלמתי על רבינו ירוחם ז"ל במה שהקשה עליו הרב ז"ל בב"י סי' הנז' סי"ח וכתבתי עוד שם שמה שעלה בדעת ר"ת קודם חזרה דחולקים יכול המוחזק לומר קים לי כותיה כיון דהר"ב השיעור הכי ס"ל

מעתה אבא לנ"ד ואומר דלומר שהמוחזק יאמר קים לי כר"ת ז"ל דס"ל דהכל לבעל המעות לית דינא ולית דיינא שאינו יכול לומר קים לי כיון דהוא יחיד ביבר כמ"ש ואף הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תרע"א שהביא הרב הנז' בסי' הנז' ס"ח כר"י ס"ל ותמהני מהחכ' הש' הפוס' שאחר שכתב שנראה לו לפסוק כר"י ז"ל כתב ועוד יש להביא ראיה מדברי הרשב"א ז"ל סי' תרע"א כו' ומה מליאה מצא בדברי הרשב"א ז"ל יותר מסברת ר"י ז"ל שהרשב"א ז"ל בסברת ר"י קאי ובדכתבינן ואם כונתו לומר דהרשב"א ז"ל ס"ל נ"כ כר"י היל"ל וגם הרשב"א ז"ל ס"ל כר"י כו' ומה שהשיב החכם השלם הפוסק דכיון דהשליח מוחזק דחולקין והביא ראיה מהאי שכתבו התוס' אחר דברי ר"ת ואע"ג דאיכא למימר טעמא אחרינא גבי חולקין האי טעמא דפריצית הוא עיקר דמוחזק ידו על העליונה וחולקין מן הנראה שהחכם השלם הפוס' כר"ו מבין שכונת התוס' לומ' דכיון דאיכ' מחלוקת יד המוחזק על העליונ' וחולקין ודן מזה דאפי' בהחלוקת דהכל לבעל המעות המוחזק ידו על העליונה איברא שכן משמע מדברי הרא"ש ז"ל וכן הבין הרד"ך ז"ל בבית י"ע ויש לתמוה אם המוחזק ידו על העליונה למה חולקין גם את הכל יקח כיון דידו על העליונה ולכן פירוש נאה בדברי התו' וכתבתי בתשובה הנז' שתי לשונות יע"ש ולומר דיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דחולקין איברא דבעלמא יכול לומר קים לי בזה כמ"ש וכמ"ש בנימין זאב סי' ת"ט אע"פי שלא כיון להלכה כמ"ש בתשובה הנז' אבל בנדון הלז הכל לשליח דע"כ לא קאמר ר"ת ז"ל שחולקין אלא בנדון שלו דבשעה שהיה שמעון שליח של ראובן מתעסק לקבל מעותיו של מצלא טעה הגוי מעצמו נחשבון לכך הכל לבעל המעות כפי החזרה או חולקין כפי החזרה אבל בנ"ד שכבר נפרע המצלא ממה שהיה חייב לו הגוי ואח"כ כשמת הגוי הראשון ונשאר אחיו יורש במקומו והלך שמעון והטעה את הגוי וזכן בעצמו להיות נתפס כגנב מה לו לשמעון בזה כמו שחילק החכם השלם הפוסק נר"ו והוא חילוק ראוי ונכון ולדעתי הוא פשוט ומוכרח מדברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קפ"ג ס"ח שכתב ונ"ל דאפי' לדעת הרי"ף ז"ל דהטעם שחולקין הוא משום דבזה לו הנאה ע"י בע"ה א פם דאיתנהו לדברי ר"י ז"ל דהיתרון לבר בפני עצמו הוא ואם גנב וגזל והטעה את הגוי מה טיבו של בעל המעות ע"כ ואע"פי שבב"ח ס"ח מה"ש לא כתב כן העיקר כמ"ש כאן כמ"ש הרא"ב ז"ל בתשובה סי' קכ"ד וא"כ אף אנו נאמר דאפילו לדעת ר"ת לבטעה הגוי חולקין השליח עם המצלא בנדון זה יודה דהכל לשליח ולא ידעתי למה החכם השלם הפוסק כר"ו נחבא אל הכלים ובסוף דבריו הסכים דחולקין ולא פנה אל מ"ש בתחלת דבריו דיש לחלק והם דברים נכונים:

סוף דבר אט כאנו לומר בנדון זה דמפני המחלוקת חולקין השליח עם המצלא היה ראוי שיקח ראובן רביע ושמעון שלשה רביעים אבל דעתי הקצרה נוטה דהכל לשמעון ואין לראובן חלק בו אפילו ש"פ מה שכתבתי הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קלה

סימן קל"ה איזמיר שנת התכ"ד לחכמי ישיבת ק"ק נוה שלום יע"א

החכמים השלמים מעתיקי הריט ה' עליהם יחיו היתה עלי יד ומלות מעלתכם שאעיין בלשון הר"ב הטורים ז"ל בח"מ סי' קפ"ד ס"ב שאחר שכתב והר' ישעיה כתב כו' כתב והכי נסתבר ואח"כ כתב לשון הרמב"ם כו' ומעכ"ת פירשו שר"ל והכי מסתבר לשון הרמב"ם ז"ל בושנו מדברים אלו מה נדבר ומה נצטדק כי ידברו את אויבים חוץ רבנן דקבעי דוכתא כל יומא ויומא בבי מדרשא ד' אמות של הלכה טפש לבם בדברי הרב בעל הטורים ז"ל ואנכי הרואה שאין גם אחד מכם ולא כולכם דאסבר ליה מסבר פירוש זה והוא הולך ערירי כי כל העדה חכמי הישיבה ה"י כולם כאחד נאחזו בסבך הפירוש הזה כדגים הנאחזים במצודה והוא פלאי בעיני כל חכם לב ואני אשה והעריחוני רבותי לכתוב בחרט אנוש דברים שלא יתכן ליכתב והתעסקות בזה להג הרבה ויגיעת בשר ואבל חמש מאות איש זמן זמנם זמניהם וחכמי הפילוסופים אמרו שתורתינו הקדושה אינה צריכה אות ומופת וכפי' הנראה לדורש דברו ולשמכם דברו שלעת בזאת הדור הזה האחרון אף כי תרבו אותות ומופתים לא רבים יחכמו שאלכם והודיעוני הן לו יהי פירוש הרמב"ם ז"ל כמו שפירשתים בספר כנסת הגדולה שהרמב"ם ז"ל מודה לרבינו ישעיה כשפירש בפירוש דלפלוני זבין כו' משתעי אינים הקל שבקלי' הכי לומר והכי מסתבר לשון הרמב"ם ז"ל וכ"ש הר"ב הטורי' ז"ל שלשונו כח וברור קרוב ללשונו של הנשר הגדול הרמב"ם ז"ל הלא ידעתם אם לא שמעתם חכמת ההגיון שאין לשון מסתבר נופל על הלשון אלא לשון ראיה נופל על הלשון והיה לו לומר וכן נראה לשון הרמב"ם מלבד דהפ"ה הי"ל לומר וכן נראה מלשון הרמב"ם ז"ל שכתב כו' אבל שיאמר וכן מסתבר לשון הרמב"ם ז"ל ג' שכתנו כו' לא שערוהו כל חכמי לב ולא שמעוהו בלתי היום ומן הנגלה שלא דקדקו מעכ"ת בדברי הרב ז"ל בב"י ואח"כ הב"ח שתפשו בלשונם לשון הרמב"ם ז"ל כו' ולא תפשו והכי מסתבר לשון הרמב"ם ז"ל אם אמת היה הדבר כפי פירושכם ולא שהעיקר חסר מן הספר

ומה אאריך עוד והדברים בהו מבוארים בירור שאין אחריו בירור בתשובת מהר"י אדרבי ז"ל סימן תכ"ו כאלו נבואה נזרקה מפי הרב ז"ל לחסום פיהם של המפרשים הפירוש הזר הזה זה כתבתי מצד הלשון וההגיון והדבור אשורנו ולא וארא מצד הענין איך מלאכו ידינו ורגלינו בפירוש הזה דהיכי מוכח מלשון הרמב"ם ז"ל שמביא הרב בעל הטורים ז"ל דס"ל כר' ישעיה ז"ל דבלשון שהביא הרב בעל הטורים משמו אינו מבואר לא בביאור ולא ברמז או בדרך רחוקה אי ס"ל לרב ז"ל כרבינו ישעיה או כסברא האחרת שהרמב"ם ז"ל לא כתב אלא וקנה במקחת הדמים והמקח לכולם אבל לא כתב שהיה בלבו כן או אמר כן בפי' ואדרבא הי"ל להביא מ"ש הרמב"ם אע"פי שהיה לב השליח דמיניה יש לדקדק דאם אמר כן בפי' זה קנה ולא שהעיקר חסר מן הספר ועוד אם דקדוקו של הר"ב הטורים ז"ל הוא ממ"ש הרמב"ם ז"ל אע"פי שהיה בלב השליח מה צורך להביא דברי הרמב"ם ז"ל הי"ל לומר והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל ויהיה פירושו והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל שהבאתי למעלה שאמר אע"פי שהיה בלב השליח כו' או יאמר בפירוש והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל שכתבתי ולא שהבי' מלשון הרמב"ם ז"ל והשמיט ממנו העיקר שממנו יש לדקדק דס"ל כרבינו ישעיה והעתיק מה שאין בו מן ההכרח דוקנה במקחת הדמים שכתב הרמב"ם ז"ל הוא היולי סובל וקנה בסתם סובל וקנה בפירוש סוף דבר אם הר"ב ז"ל הטורים מדקדק שהרמב"ם ז"ל סובר כרבינו ישעיה ממ"ש אע"פי שהיה בלב השליח הי"ל והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל שכתבתי למעלה ולמה לו להעתיק לשון הרמב"ם ז"ל ולהשמי' העיקר וליכא למימר דה"ק והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל ושם הפסיק הענין ופירש והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל שכתבתי למעלה ואח"כ מתחיל הוא ענין אחר נ' שכתנו כו' דמדקאמר ע"כ מוכח דזה הוא מדברי הרמב"ם ז"ל כמו שהוא האמת שכן הוא לשון הרמב"ם ז"ל ואם הר"ב הטורים ז"ל אין דעתו נוחה לדקדק שהרמב"ם ז"ל סובר כר' ישעיה מהלשון שכתב למעלה ולכן הביא לשונו לדקדק מדבריו כן מלבד שצריכין אנו לדעת מהיכן דקדק כן יקשה עליו דהיתי מדקדק כן מדבריו והרמב"ם ז"ל כתב בפירוש אע"פי שהיה בלב השליח כו' וליכא למימר שהר"ב הטורים ז"ל לא היה גורס בדברי הרמב"ם כן שהרי הביא לשון זה למעלה ועוד אם כונתו לומר והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל ולפי זה אינו תלוי כו' אין לו טעם לבקי בדברי הפוסקים בסדר לשונם וכתיבתם

סוף דבר תמה אני איך עלה כן בדעתכם פירוש שאין לו שחר ואין לו קיום והעמדה לא מצד הלשון ולא מצד הענין אפי' למה שפירשתי בספר כנסת הגדולה דהרמב"ם ז"ל מודה לרבינו ישעיה ז"ל אין צריך לומר לפ"מ הסמ"ע והב"ח דסובר הרב בעל הטורים ז"ל דהרמב"ם ז"ל חולק עם רבינו בעל הטורים וסובר דלאו דוקא אמר בלבו דאפילו פירש ואמר דפלוני זבין דלא קנה וכדעת הרמ"ה ז"ל ואיך נפרש דקאמר והכי מסתבר לשון הרמב"ם ז"ל והוא סובר דהרמב"ם ז"ל חולק עם רבינו ישעיה ז"ל ואין לטעות ולומר דמ"ש הב"ח אכן מדברי רבינו נראה שהיתה נוסחתו בהרמב"ם ז"ל אע"פי שהיה בלב השליח בשתי החלוקות כו' דכונתו לומר דלפי זה סובר הרב בעל הטורים דדעת הרמב"ם ז"ל דוקא שלא פירש אלא כונתו לומר אכן מדברי רבינו נראה שהיתה נוסחתו כן ואע"פי כן דלאו דוקא בלב אלא ה"ה אפילו אמר כן בפירוש

איברא דלפי מ"ש אח"כ הב"ח ז"ל ומ"ש רבינו וכן כתב הרמ"ה ואפילו אמר בהדיא כלומר גם הרמ"ה ז"ל אמר כן וגם הוסיף אפילו אמר בהדיא נותן מקום לטעות שסובר הב"ח שדעת הרב בעל הטורים ז"ל בדעת הרמב"ם ז"ל דדוקא אמר כן אבל לא שפירש דאל"כ איך אמר וגם הוסיף אפילו אמר בהדיא הרי דעת הרמב"ם ז"ל ג"כ כך הוא וליתא דאדרבא הב"ח הוקשה לו על לשון הרב בעל הטורי' ז"ל במה שהאריך ואמר וכ"כ הרמ"ה ואפי' אמר בהדיא ולא היה צריך לזה אלא לומר וכ"כ הרמ"ה ז"ל ותו לא כיון דגם הרמב"ם ז"ל בשטת הרמ"ה ז"ל קאי לזה פירש הרב ז"ל דה"ק וגם הוסיף אפילו אמר בהדיא כלומר וגם הוסיף לפרש כן מה שאינו בלשון הרמב"ם ז"ל שאינו מפורש אלא שבכח אנו מפרשים כן כל שכן שאפילו שנאמר דהרב בעל הטורים ז"ל מבין שהרמב"ם ז"ל אינו חולק עם רבינו ישעיה ז"ל כל אתר ואתר לא אשתכחת לפירוש הזה והוא מוקצה מן הדעת

עתה באתי לפרש מה שהכריח למעכ"ת הפירוש הזה אשר אין לו שחר והוא זה דלמה מביא הר"ב הטורים ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל פעם אחרת אם אין לו הכרח דבשלמא אי קאמר והכי מסתבר מלשון הרמב"ם ז"ל הביא לשון הרמב"ם ז"ל להראות מהיכן מדייק כן מדברי הרמב"ם ז"ל ומאחד מחבירי הישיבה יצ"ו שמעתי בטוב הכרח יש למעכ"ת ממ"ש הרב ז"ל בב"י וז"ל ודקדק רבינו כן מדבריו כו'

בו' כלומר ודקדק רבינו לומר והכי מסתבר מדברי הרמב"ם ז"ל וזה טעות מפורסם מן המפורסמות שבאקלים הזה אם מה שהוקשה למעכ"ת דלמה הביא לשון הרמב"ם ז"ל אם לא לומר דהכי משתבר לשון הרמב"ם ז"ל תמה אני איך יבא מפי מעכ"ת דבר שלא יטעה בו בר בירב דחד יומא דמ"ש רבינו בעל הטורים ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל אינו ענין למ"ש למעלה כלל ועיקר ומלשון הרמב"ם ז"ל שהעתיק דבר אחר שלא הוזכר למעלה כל מאו ומתנו של הרב בעל הטורים לא היה אלא אם בלב השליח היה להקנות לפלוני או אמר כן בפירוש אם קנה או לא קנה אבל מה שהעתיק לשון הרמב"ם ז"ל הוא ללמוד ממנו דבר אחר מה שלא הוזכר למעלה והוא מ"ש ולפי זה אינו תלוי במה שנתנו לו הם מעורבין או כל אחד ואחד לבדו אלא בשליח תלוי הדבר דלמעלה כל המשא והמתן היה בשבעלי המעות נתנום מעורבים או כל אחד ואחד לבדו קאמר דמלשון הרמב"ם ז"ל מוכח דאין הדבר תלוי אלא בשליח ועל זה כתב הרב ז"ל בב"י ודקדק רבינו כן מדבריו כלומר ז"ש הרב"ה על הרמב"ם ז"ל ולפי זה כל דקדק כן מדבריו אבל לא כיון למ"ש והכי מסתבר חלילה לפה קדוש יאמר טעות כזה

אני טרם אכלה לדבר כזה אסורה כאן ואראה זה שכתב הרב ז"ל בב"י כן פרש"י ז"ל כו' היכן פרש"י ז"ל כן על הראשונים אנו מצטערים על מ"ש הרב בעל הטורים ז"ל כן פרש"י ז"ל כלומר בדברי הרמב"ם ז"ל אנו מצטערים היכן פרש"י ז"ל כן שרש"י ז"ל לא כתב אלא לא בר ואתים מעות של כל א' וא' ואין ללמוד מדבריו כלום כמ"ש הב"ח והרב ז"ל בא להוסיף שאף לענין דינא פליגי ורש"י ז"ל לא דבר בזה כלום ודוחק לומר דגירסא אחרת היה להם בדברי רש"י ז"ל ובשלמא מ"ש הרב בעל הטורים ז"ל בשם רש"י ז"ל בדעת הרמב"ם ז"ל כ"ל שהוקשו עמו שלשון רש"י ז"ל מוכיח בדברי הרמב"ם ז"ל מפני שדברי הגמ' יש לפרשם בתרי אנפי דלא בר ואתים הוא לשון הוה ולא לשון פועל כלומר שאינן ברורין ואתומים או שהוא לשון פועל ולא אמרן אלא דלא בר ואתים האותם המעות הללו ובלשון הזה שהוא לשון פועל דקאי לאותם יש שני הבנות איפשר דקאי לבעלי המעות ואיפשר דקאי לשליח אלא דאי קאי לבעלי המעות הי"ל לומר בלשון רבים דלא ברו ולא אתימו וזה כבר ישבו רש"י ז"ל כמו שיתבאר בס"ד

והשתא נחזי אנן איך הוא הפירוש לפרש דלא בר ואתי' שהוא לשון הוה א"א דאי מפרשינן דהוא לשון הוה דהמעות ברורים ואתומים הי"ל כיון דלא ביירי ואתמי כיון דקאי אמעות בהכרח הוא דקאי אפועל אבר ואאותם ועדיין איפשר דקאי אבעלי המעות ואי משום דא"כ הי"ל לומר בלשון רבים דלא ביירי ולא אתמי כיון דקאי לבעלי המעות רש"י תיקן זה וכתב מעות של כל א' וא' לבד

מעתה יפה דקדק הרב בעל הטורים ז"ל מדבריו שדעתו כדעת הרמב"ם ז"ל דקאי לשליח דאי שכונה לומר דלא ברי ולא אתמי כל אחד ואחד מבעלי המעות א' ברור בפסו הי"ל לומר דלא בר ואתים א' וא' לבד אבל באומרו דלא בר ואתים של כל א' וא' מורה דקאי לשליח והוא דקדוק נכון בעיני אבל מ"ש הרב ז"ל דרש"י ז"ל פירש כדברי הרב בעל הטורי' דאף לענין דינא פליגי לא ידעתי לו מקום

ולכן אני אומר דמ"ש הרב ז"ל כן פרש"י אינו נמשך למעלה אלא הוא דבור אחר וסוף הדבור הוא וכו כולם ואח' כך מתחיל הדיבור כן פירש רש"י ז"ל והוא שתופס הרב ז"ל על מ"ש הרב בעל הטורים ז"ל וכן פרש"י ז"ל וכפי הנראה היה רוצה לכתוב שום דבר והדפוס השמיטו וכאלה רבות בספרו תופס בדברי הרב בעל הטורים ז"ל ואינו כותב כלום ואין ספק או שכח הרב ז"ל מה שהיה רוצה לכתוב או נשמט מן הדפוס ושוב ראיתי בספר בדק הבית כי אחר שכתב וכן פרש"י ז"ל כתוב מ"ש שם וזה סיוע לדברינו ומי שאותמו אמת יכחנו בדרך אמת לבל נכשל בדבר הלכה הנראה לע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קלז

א' רי"או להר"י חביליין נר"ו שנת התכ"ג

שאלה ילמדינו רבינו ראובן שמעון לוי אחים שותפים בכל עסק משא ומתן וכאשר הרחיב ה' אותם בברכתו שלחו לראובן בעיר אחר' להסתחר שם ובכל אשר הוא עושה אחיו מפויסים מסחורות ויקר מקרהו שהלך שם יהודה תושב עירם באותה העיר שראובן מסתחר שם וליהודה הנז' יש לו קרקע בעירו ויש לו דוד אחד שהיה אפוטרופוס שלו שנשאו אבין יעקב בעת מותו ופעמים הרבה דבר עם שמעון ולוי אם הוו רוצים לקנות הקרקע מכבדו לסך תק"ן גנסים והם מעולם לא רצו רק תשובתם אליו אין אנו צריכים קרקע וכאשר הלך יהודה בעל הקרקע בעיר שראובן מסתחר שם לשם יש לו דוד אחד וע"י הסית לראובן לקנות הקרקע הנז' ואמר לו כבר קניתי מכבדי ק"ם שיתפיים בסך שאני אומר אקנה ממך גם כן ואל תירא שאהבה אותך וראובן האמין בו כחשבו אין אדם חוטא ולא לו וקנה על זה וכתבו שטר על שלשתם ראובן שמעון ולוי לסך תק"ן גנסים עתה בבא ראובן אצל אחיו א"ל מי שסך לקנות קרקע בלתי רשותנו אין לנו חפץ בקרקע ומה גם שהאונאה היא הרבה מ' בק' מ"מ ואע"פ שלא היה בו אונאה אין רצונינו לקנות קרקע והמוכר תובע מראובן כל דמי הקרקע וראובן משיב אני הייתי חושב שאחי מפויסים מהמקח הלז כמו שהם מפויסים מהמשא ומתן שאני עושה אבל תשובתם אלי שהרשוני בעסק דמשא מילת' דשכיחא לא בקניית קרקע מילתא דלא שכיחא אם בדין אתחייב לקחת השליש אקחנו ואתן לך דמי השליש ואם לא הרי קרקעך לפניך עוד טוען ראובן איך בקרקע הנז' יש תוגר אחד בר מכר והתחיל לדבר קשות ולומר מי קנה הקרקע הנז' בלתי רשותי וידיעתי כיון שאני מכרן אני אקים מהם וכר לנו המקו' יען התוגרתי שהעירה הזאת הם רובם ככולם בעלי עלילות ומעידי עדות שקר באופן שאפי' שאתחייב בדין לקחת השליש אין לך מום גדול יותר מזה אחרי רביע האגרא אין אדם דר עם נחש בכפיפה על הכל יורינו מורה צדק הדין עם מי ושכמ"ה

החר"י חביליין נר"ו השיב על זה באורפה וזאת חתימתי על דבריו

אנכי הרואה אחר חכם כולל סוג השלמיל בפרוקו והשטרתו והשלחתו יד כל בו אם לכח אתיך לבו במלחמת' של תורה ואם למשפט מי כמוהו מורה הבותת יד בתשובה • אנכי גם אתמול גם משלשום מבירו הייתי לשעבר והיה בו טעם כעיקר כי שיח וכי שיג לו לפלפל בחכמה בהויות דאביי ורבא חזו מאי דקמן תשובה שנימה על כל קוץ וקוץ תלי תלים של הלכות הקים עולה של תשובה • אנכי אמנכו אחרי רואי להחכם השלם בנן של קדושים הפוסק נר"ו בשא ונתן באמונה על פני רוחב השאלה לארכה ולרחבה העמיק הרחיב ויהי כהשיב גדולה

גדולה תשובה. אנכי הבא אחריו למלאת את דבריו מה יענו שפתי והנה מכיב לו יד על כל פרט ופרט מהשאל' תשובות חבילות חבילות את הכל עשה יפה בעתו לא נטלנו לפניו שערי תשובה : אנכי לא אוכל המלט להשיב מפני הכבוד כמצוה ועושה מפי נגיד ומצוה לאפושי גברא וכיאודה ונעל לקרא אחור להם תשובה •

טו"ם אענה אני מה משפט הקונה הזה אם צדק במאמרו לבטל הת קח נחפשה ונחקורה בההיא מי' דקאמר תלמודא בפ"ק דקידושין ל"ש אלא בשטר מתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמים אי הוי דוקא בחוזר בו מוכר דאיהו הוא דלא סמכא דעתיה עד שיתן בו דמים אבל כל עוד שמוכר מפויים מהמכר אף הלוקח אינו יכול לחזור בו דלדידיה אין כאן טענה לומר דלא סמכא דעתיה כיון שכתב את השטר וכן נמי בההיא דאמרי'בההוא פירקא ל"ש אלא במקום שאין כותבין את השטר אבל במקו' שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את השטר אי הוי דוקא בחוזר בו לוקח דלא סמכא דעתיה עד שיכתוב את השטר אבל כל שלא חזר בו לוקח אין המוכר יכול לחזור בו דהא איהו לקח הכסף וליכא למימר דלא סמכא דעתיה או אם נימא דבשני המימרות יכולין לחזור בו בין מוכר בין לוקח דכיון דא' מהם יכול לחזור בו אף השני יכול לחזור בו וכ"מ בנדון שלפנינו אי בין מוכר בין לוקח יכול לחזו' בו אפכאן הלוקח יכול לחזור בו אבל אם אינם יכולין לחזור המוכר כשקבל את הכסף והלוקח כשכתבו את השטר בנדון שלנו שכתבו את השטר ולא קבל דמים והמוכר הוא מפויים ואינו חוזר בו אף הלוקח אינו יכול לחזור בו

ולכאורה נראה דמוכר לא מצי לחזור כשקבל את הכסף ולוקח כשכתבו את השטר מדמקשינן בגמרא על מימרא דשמואל דאמר ל"ש אלא בשטר מתנה אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן דמים מהא דתניא בשטר כיצד כתב לו על הנייר כו' שדי מכורה לך שדי נתונה לך הרי זו מכור' ונתונה ומפרקינן במוכ'שדהו מפני רעתה ופרש"י ז"ל במוכר שדהו מפני רעתה דניחא ליה דלקנייה שטרא ללוקח כי היכי דלא מצי למהדר ביה ע"כ הרי דכל שהמוכר מפויים אף הלוקח אינו יכול לחזור בו ולאו מילתא היא דהת'כיון דמוכר לא מצי הדר ביה כיון דגמר ומקני אף הלוקח אינו יכול לחזור בו אבל שיכול אחד מהם לחזור בו והשני שאינו יכול לחזור בו אין הדעת סובלתו שיהא כח בזה לחזור בו ולא יהא כח בזה לחזור בו לא דכי היכי דהאי יכול לחזור בו אף זה נמי יכול לחזור בו

ומיהו מלינו בעייל ונפיק אוזי דס"ל להראב"ד והרשב"א ז"ל דמוכר מצי מהדר ביה אבל לא לוקח מ"מ מהא דאמרינן התם ל"ש אלא במקום שאין כותבין את השטר אבל במקו' שכותבין את השטר לא קנה ואי פריש פריש כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא איקני ואי בעינא בשטרא איקני אי בעינא בכספא איקני דאי בעיתו למיהדר לא מציתו הדריתו אי בעינא בשטרא איקני דאי בעינא למהדר הדרנא בי ע"כ מוכח דשניהם יכולין לחזור בהם דאי כשקנה בכסף לא מצי מוכר הדר למה לי פריש אי בעינא בכספא איקני בלא פריש נמי אם הלוקח אינו הוזר בו אין המוכר יכול לחזור בו אלא ודאי בכל החלוקות בין לוקח בין מוכר יכולין לחזור בהם ומינה לבנ"ד דכיון דלא נתן הדמים אף הלוקח יכול לחזור בו •

האמנם אם שטר זה אינו שטר המלוה אלא הוא לראיית קרקע אפשר דקנה לכ"ע כיון דאיכא ק"ם ושטר

וכדמוכח מדברי מהריב"ל ז"ל ס"א סימן פ"א וכל הגדולים שפסקו דקנין סודר מהני לחוד וגם הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' קנ"ה מחודשין ז' והרש"ל ס"ל ז"ל חלק א"ה סימן קס"ד וקנ"ט ובעל גד"ת בדף ש"ן כ"ש דמוכרים דבק"ם ושטר קנה אלא שראיתי להרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ז"ל בב"י ח"מ סי'קנ"א ס"ב כ' דהא דאמר שמואל אבל בשטר מכר לא קנה עד שיתן' דמים אפשר דאפי' בשטר שיש בו קנין כן מדאמר ר"ג מלמדים אותם שלא יחזרו בהם כיצד כותב לו אני פ' בן פ' מכרתי שדה פ' דמשמע דבכל ענין אהר יכולין לחזור בהם עד שיתן כל הדמים ואפילו קנו מידו דאי לא ילמדם שיקנו ושוב אינם יכולים לחזור בהם ע"כ והרב ז"ל בספר בדק הבית כתב ובסימן קנ"ה אכתוב שהרמב"ם ז"ל וכמה רבוות' חולקים על זה וכוותייהו נקיטינן וגם אכתוב שהראיה שהביא הרשב"א ז"ל אינה מכרעת כו' ע"כ וכ"כ הב"ח ומהר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ז וספר מקור ברוך סימן כ"ט

ובזה נחה שקטה תלונת מהרש"ף ז"ל שהובאה בספר מורה צדק על הרב ז"ל בב"י ובספר ב"י בסימן קנ"ה מחודשין ז' הביא הרב ז"ל המחלוקת שכתב הר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין אי קנה בק"ם לחודיה וכתב הרב ז"ל ולענין הלכה נקיטינן כהרמב"ם ורבוותא דסברי כוותיה ע"כ ובספר בדק הבית בסימן הנז' כתב והראיה שהביא הרשב"א בתשו' הנז' אינה מכרעת דאיכא למימר הדא מתרי תקוני נקט ועוד שהמוכר לא יתרצה בקנין אא"כ יכתוב מה שנשאר חייב לו ועוד דוקיפת מלוה עדיף מנטילת קנין ועוד דאשמעינן תקון לגמור הקנין בכסף שהתחיל בו בלי שיחדש קנין אחר וכ"כ מקור ברוך סי'כ"ט

ותו תמיה לי על הרשב"א ז"ל דאיהו גופיה כתב והביאו הרב המגיד פרק האומנין העתיק דבריו הרב בסימן ק"ז סי"א על הא דר"ג וה"ה אם אמר לו לך חזק וקנה או מסוך וקני אין יכולין לחזור בהם אע"ג דלא עייל ונפיק אוזי ורשב"ג דלא נקט הכי להרחיב הקניות לקח ולא לקצר וה"ק אפי' שלא קנו מידו ולא אמר לו לך חזק וקני יכתוב לו כן ואינו יכול לחזור בו מעתה ומיהו כיון דנקט רשב"ג הכי אין לנו אלא הני גווני דאמרן אבל אם החזיק בקרקע לפני המוכר או שמשך מעצמו לא קנה שעדיין יכולי לחזור בהם ע"כ וזה הפך מ"ש בתשובה הנז' שמדקדק שאפי'קנו מידו יכולין לחזור בהם דאל"כ ילמדו שיקנו מידו וכאן כתב דרשב"ג לא בא לקצר אלא להרחיב הקניות ואולי בתשובה כתבו כמסתפק ולא בהחלט ונמה שהביא כ"י ז"ל בשמו הסכים דר"ג להרחיב הקניות בא ולא לקצר ומעתה אין הוכחה מדברי רשב"ג ז"ל שלא יועיל היכא דקנו מידו דלא בא לקצר הקניות אלא להרחיב

ומצאתי למורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן ס"ה כתב דמ"ש נמקי יוסף בשם הרשב"א ז"ל דלך חזק וקני מהני וה"ה ק"ם היינו כשנותן מקצת דמים אלא דעייל ונפיק אבאר בהא אמר רשב"ג מלמדים אותם שלא יחזרו בהם שיזקפם עליו במלוה וה"ה דבק"ם מהני אבל היכא דלא נתן לו כסף כלל אע"ג דקנו מיניה לא מהני מדקאמר מלמדים אותם שלא יחזרו בהם שיכתוב ונתן לו מהם ק"ק זוז והריני נושה בו כו' ומי שאין לו כסף לאלתר אין לו תקנה ואם איתא לקנו מיניה בק"ם דלאו בגברא טרטלאי קיימינן כו' אלמא לענין כסף נקל זאת להקנות בסודר אלא דלא מהני כו' ע"כ

ולא זכיתי להבין דבריו דמי זה אמר לרבינו ז"ל דהיכא דלא נתן כסף כלל דלא קני אפילו בק"ם מדלא משכח

שכתב רשב"ג תיקון לעולם קנין מהני אפילו דלא נתן כסף כלל אלא דלהרחיב הקניות בא לומר דאפילו בלא ק"ס כו' ועוד כל הראיות שדחה הרב ז"ל בספר בדק הבית ולבעל גד"ת בדף ש"ן ראיתי שכתב לדחות ראיית הרשב"א בתשובה הנז' כפי סברת הרמב"ם ז"ל וסיעתו דסוברים דקנין לחוד אף בלא כסף קני דע"כ ההיא דרשב"ג מיירי בשקנה בחזקה או בק"ס דאי לאו הכי כי לא עייל ונפיק אוושי במה קנה דאי בכסף ליתיה כולי ואי בשטר או חזקה או חליפין לא קני בלא כסף להרשב"א וסיעתו א"נ דקני בקנין חזק' או חליפין' בדעייל ונפי' אוושי גלי אדעתי' דזוזי אנסוהו למכו' ולא קני ע"י חזקה או חליפין אבל בלא עייל ונפיק אוושי קנה בחזקה לחודה או בק"ס כדברי הרמב"ם ז"ל וסיעתו דסברי הכי ע"כ

ואיברא שזה נכון כי היכי דלא תיקשי מהך סוגייא דחזקה לחוד או קנין לחוד מהניא מ"מ לדברי הרשב"א ז"ל שכתב הרב המקי לא יתיישב זה להסכים עם מ"ש בתשובה ויש לתמוה על בעל גד"ת למה לא הכריח חילוק זה מדברי הרמב"ם ז"ל עצמו שמוכרח לחלק החילוק הזה עצמו בדעתו שהרי כתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מה"מ שאף ע"פ שכתב שטר או החזיק לא קנה לוקח ואלו דעת הרמב"ם ז"ל דחזקה לחודה מהניא כמו שדקדק מדברין הרב ז"ל בכ"מ פ"א מה"מ ובב"י סימן קצ"ב סעיף י"ג אלא דמוכרח לחלק דשאני התם שלא נתן דמים כל עיקר וקנה בחזקה לחודה אבל היכא שנתן מקצת כסף גלי אדעתיה דבעי למקני בכספא ומיהו מדברי הרמב"ם ז"ל כ"ל להוכיח דאם קנה בק"ס ונתן מקצת דמים קנה דאלימא מילתא דקנין שקונה בכל מקום בין בקרקע בין במטלטלין הדכתב הרמב"ם ז"ל בפרק הנז' אע"פ שכתב שטר או החזיק לא קנה ואלו או קנה מידו לא קאמר. אבל ראיתי לרבינו ירוחם ז"ל בנ"ט ח"ה כתב וי"א דאם החזיק בקרקע או קנו מידו אפילו לא נתן מעות כלל ועייל ונפיק אכולהו זוזי אין אחד מהם יכול לחזור בו. וראשון נראה עיקר וכ"כ ר"ח והרמב"ם ז"ל ע"כ

ומעתה מינה דלדעת הרמב"ם ז"ל שזה קנין סודר לקנין קרקע ושמעת מינה כמי דאפילו לא נתן דמים כל עיקר קנה בקנין ושטר וחזקה וכ"ל לפי דבריו דעייל ונפיק אוושי שאני דהיכא דלא נפיק ועייל אוושי בחזקה לחודה או בקנין סודר לחודיה אפילו בלא נתינת דמים קנה אבל היכא דעייל ונפיק אוושי דגלי אדעתיה דזוזי אנסוהו לזבור אפי' החזיק או כתב שטר או קנה בק"ס לא קנה כמו שחילק גד"ת לדחות ראיית הרשב"א ז"ל וכמ"ש למעלה ולפי זה כל דעייל ונפיק אוושי אפי' עשה שלשה המה שכתב שטר והחזיק וקנה בק"ס לא קנה גם מ"ש בעל גד"ת בהאי קנו אי בכסף ליתיה כוליה לא ירדתי לסוף דעתו שהרי הר"ן ז"ל כתב דבמקום שקונה בכסף לבדו ואין כותבין השטר לאו דוקא נותן כל הכסף אלא אפילו נתן מקצת הדמים קונה נמצא לימא לן שדברי רשב"ג לא היו אלא במקום שאין כותבין את השטר אלא שהיה מנהגם לקנות בכסף לבדו.

ואשר אני אחוה לי ליישב דברי הרשב"א אהדדי הוא דמ"ש הרב המקי שמו לא בא לומר דאם א"ל לך חזק וקנה או משוך וקנה דאינו יכול לחזור בו אלא כונתו לומר דאף אם נאמר דרשב"ג בא להרחיב הקניות ולא לקצר ומתוך זה נאמר דלך חזק וקני או משוך וקני קני לא כלמוד אלא כשאמר לו כן בפירוש אבל אם החזיק בקרקע לפניו או משך מעצמו בפני המוכר לא קנה אבל לעולם ס"ל להרשב"א ז"ל דאפילו אם א"ל לך חזק וקני או משוך וקני וה"ה קנין סודר דלא מהני מהרווחא שהביא בתשובה דלא מלא רשב"ג תקנה אחרת אלא שיכתוב כו' ומקצת דוחק העליגו מזה דאע"ג דהרב ז"ל פסק כהר"ם כמ"ז"ל דק"ס לחוד מהני. והסכימו כן הרב גדולי תרומה ומהר"ש הלוי ז"ל ומהרשד"ם ז"ל וכתב הרשד"ם ז"ל דאפי' למ"ד דחזקה לא מהני באתרא דכתבי שטרא ק"ס מהני ואע"פ שהרב ז"ל לא עסיק בקנין בלא כתיבת השטר מתוך דבריו גם מוכח דק"ס לחוד מהני אפי' בלא דמים גם ספר מקור ברוך הכי ס"ל מ"מ לפי ישוב רבינו הרב ז"ל בתשובת הרשב"א ז"ל ולפי ישובנו עולה דבנדון שלנו שלא נתנו דמים כלל לא קנה אפי' בקנין סודר לדעת הרשב"א ז"ל ומהר"י וייל ז"ל בתשובה סימן ד' ומהריב"ל ס"א סימן כ' נסתפקו בדבר גם מהר"ש הלוי ז"ל בחלק ח"מ סימן מ"ז כתב אין הדבר יוצא מידי מחלוקת ומורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן ס"ה כתב בפירוש דלא מהני ק"ס בלא נתינת דמים ועיין גם בסימן ס"ו ובמהרש"ך ח"א סימן ע"ג וכיון שכן הוא יכול ראובן המוחזק במעותיו לומר קים לי כמ"ד דאף בקנין ושטר לא קנה כמו שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו

מיהו אם בנדון זה יש שבועה אני רוצה להחמיר ואם שהחכם השלם הפוסק נר"ו הסכימה דעתו כמו שפסקו מהריב"ל ז"ל בס"ב ומהרא"ב ז"ל סימן קנ"ב דקנין אין כאן שבועה אין כאן הכי אומר חס ליה לזרעיה דאבא דלימא הכי דאם מהריב"ל ז"ל פסק כן לשיטתיה אזיל דכל מקום דאיכא פלוגתא דרבוותא ונשבע דיכול המוחזק לומר קים לי כמי שפוטרני מן הקנין וקנין אין כאן שבועה אין כאן והרא"ב ז"ל נמשך לדעת הזו בתשובה ט ובסימן קכ"ב אבל בתשובות אחרות נטה דעתו דחייב לשלם מכח שבועתו ולזה הסכימו רוב גדולי האחרוני' וכמעט כולם ובמ"ש בספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סימן ס' בהגהת ב"י אות מ"ג וכיון דהכי רבוותא פליגי אמהריב"ל ז"ל מי יעצור כח לעבור על השבועה לדעת כל הני רבוותא כיון דהוי ספקא דאורייתא והוי לחומרא ומה גם דסוגיין דעלמא אזלא וכולהו דייני הכי דייני דאפי' בדבר שלא זכה מכח הקנין מכח השבועה חייב לשלם מכח שבועתו

וראיתי להחכם השלם הפוסק נר"ו דמ"ש מהריב"ל ז"ל בס"א סימן פ' דשבועה הוי כפרש אינן חולק על מ"ש בס"ב דמלי למימר קנין אין כאן שבועה אין כאן דבס"א דאיכא קנין ומקצת דמים אבל בס"ב דליכא אלא קנין בלי נתינת דמים לא הוי השבועה כפרש ואין בזה בנותן טעם דטעם השבועה דהוי כפרש כתב הרב ז"ל שאם היה דעתם שיוכל כל אחד מהם לחזור בו כל זמן שלא כתב השטר לא היה להם להשביע זה לזה וזה הטעם שייך גם כן בקנה בקנין סודר לחודיה דאם היה דעתם דיכולין לחזור בהם לא היו משביעין זה על זה

ושוב מצאתי למורי הרב ז"ל בחלק ח"מ סימן ס"ו חילק קרוב למה שחילק החכם הש' הפוסק נר"ו דבס"א מיירי בנתן דמים ובס"ב מיירי בשלא נתן דמי' ובס"א דמיירי בנתן דמים מהני פרש אבל בס"ב דמיירי בלא נתן דמים אף דהשבועה הוי כפרש לא מהני פרש בהך חלוקה כמו שנסתפק הרב ז"ל בס"א ובס"ב הסכימה דעתו דלא מהני פרש וכן כתב הרא"ב ז"ל בסימן הנז' לפרש דבריו ובמגנון זה לא קשיא מה שהקשיתי למה שחילק החכם השלם הפוסק נר"ו

ומיהו עדיין קשה לתירו' מורי הרב ז"ל למה בס"ב הסכי' דקנין ומקצת דמים קנה לכ"ע ובספר ראשון הוצרך אל השבועה. והיה נראה לומר דבספר שני

דלא היה טייל ונפיק אזוזי כמו שהוכיח הרב ממה שהיה זמן
מופלג ביניהם מקבלת דמים הוי שנתן כל הדמים כיון דלא
טייל ונפיק אזוזי אבל בס"א דאין הוכחה דלא טייל ונפיק
אזוזי אדרבה יש להוכיח דטייל ונפיק אזוזי הוצרך אל
השבועה דהוי כפירש דאותם מקבלת דמים שנתן במאן
דליתיה כיון דטייל ונפיק אזוזי לא קנה אפי' כנגד מעותיו
ויכול כל אחד מהם לחזור בו דקנין לחודיה לא קנה והוצרך
אל השבועה אבל א"א לומר זה בשום פנים דאם כן איך כתב
הרב ז"ל בח"א סוף תשובה פ' וזה לשונו ולרווחא דמילת'
איכא דע"כ לא פליגי רבוותא אלא בקנין לחוד או בחזקה
לחוד אבל היכא דאיכ' תרתי קנין ודמים כיו' דכ"ד משתבר'
דכל אפייא שוין דסמיך דעת הלוקח בלי שטר ודעת המוכר
בלי דמים היכא דאיכא תרתי אחריני עד כאן •

ואתמהא אי כרון דידיה הוא בדטייל ונפיק אזוזי היאך
כתב דהיכא דאיכא מקבלת דמים ככ"ד דכל
אפייא שוין דלכולי עלמא מהני והלא בנותן מקבלת דמים
וטייל ונפיק אזוזי רבי' האי גאון ור"ח והרמב"ם והרא"ש
ז"ל והרב בעל הטורים ורי"ו ז"ל סבירא להו דכל היכא דטייל
ונפיק אזוזי ל"ש בכסף וחזקה וקנין סודר לא קני אלא
ודאי מוכרחין אנו לומר דאף נדון מהריב"ל ז"ל בס"א לא
טייל ונפיק אזוזי ובטל החילוק שחלקנו וכ"ע והראד"ב ז"ל
בסימן קכ"ב כתב מת"ש בס"א והעיקר כמ"ש בספר שני
ומכל מקום כבר כתבתי דאי איכא שבועה בנ"ד סוגיין
דעלמא דאזלינן לאמרה ואין הלוקח יכול לחזור בו •

מעתה מ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו דיכול הקונה
לומר קים לי דהני שטרי דידן אינן לראיה ואין
הקרקע נקנה על ידן ומצי למימר גם כן קים לי כרא"י
ורשב"ם והתוס' והר"ן ז"ל דסברי דמוכר שדהו מפני רעתה
לא קנה עד שיתן דמים וגם יכול לומר קים לי כהרמב"ם
ז"ל דהמתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא קנה יתכנו דבריו
אם אין כאן שבועה אבל אם יש כאן שבועה כופין אותו
להשלים שבועתו

גם מ"ש החכם השלם הפוסק נר"ו שכיון שהיה הקנין שלא
בפני הקונה יכול לחזור בו דבריו אמת והצדק אם לא
היה כאן שבועה אבל מאחר שהיה כאן שבועה חייב להשלים
שבועתו וכלשון הזה כתבתי בספר כנ"הג אם בקנין ליכא
שום כד חובה לחלק אשר אינינו לפנינו נ"ל דאפילו המוחזק
אינו יכול לומר קי"ל כרבינו שמעיא דס"ל דאין קנין סודר
מועיל אלא בפני הקונה שהוא יחיד בדבר הזה וכל שכן אם
נשבע על הדבר דכופין אותו להשלים שבועתו כהסכמת
האחרונים ז"ל דכל דבר שאינו קונה מכל הדין אם נשבע
חייב להשלים שבועתו אפילו אם הדבר פלוגתא דרבוותא
ואינו יכול לומר קנין אין כאן שבועה אין כאן ונראה דאפי'
לדעת מהריב"ל ז"ל דסובר דכל דאיכא פלוגתא אפי' נשבע
מצי למימר קים לי וקנין אין כאן שבועה אין כאן הכא כופין
אותו להשלים שבועתו כיון דאינו יכול לומר קים לי כרבינו
שמעיא כיון דהוא יחיד בדבר הזה אין מקום לומר קנין
אין כאן שבועה אין כאן והוי דומיא דהמקנה דשב"ל ונשבע
דחייב להשלים שבועתו אפי' לדעת מהריב"ל ז"ל וכמ"ש בסי'
ס' בהנהגת בית יוסף אות ן' אבל כל שאין כד חובה לאותו
שאינו בפנינו יכול המוחזק לומר קים לי כרבינו שמעיא
והמרדכי בפרק מרובה אע"פ שאינן שוים בטעמן אם
אין שם שבועה אבל אם יש שם שבועה כופין אותו להשלים
שבועתו

ועוד אני אומר דלא כתבו הרא"ן ז"ל וסיעתו דשטרי
דידן שטרי ראיה נינהו אלא דוקא בשרוכה

לקנות בשטר לבד אבל בשקונה בקנין סודר הא ודאי קני
במוכר שדהו מפני רעתה דלא גרע קנין סודר משטר וכיון
דשטר לחוד מהני במוכר שדהו מפני רעתה ה"ה קנין
סודר ואדרבה עדיפא מיניה דהא איכא מ"ד דהלימא מילתא
דקנין ואפי' לא יהיב דמי ואף החולקים על זה סוברים
דדיניה כשטר ולא קנה עד שיתן דמים וכיון דדיניה כשטר
ושטר לחודיה מהני במוכר שדהו מפני רעתה קנין לחוד
נ"כ מהני וכ"ש קנין עם שטרי דידן אע"פי שאינן אלא שטרי
ראיה

וכבר מן דין מלשון השאלה נראה שעמד הקרקע ביד
ראובן עד שהלך אצל אחיו והודיע להם שקנה
קרקע ואמרו לו שאין רצונם לקנות קרקע וכיון שכן הוא
א"א אלא עשה שום חזקה באותו קרקע. שאם הוא בתים
או חנויות נעל גדר ופרץ ואם הוא שדה אל שיחפר שום
א' מהחזקות המפורשות בטור ח"מ סי' קצ"ב לקניית קרקע
וכבר כתבו מהרי"בל ז"ל בס"ג סי' ס"ג והרשד"ס חלק
א"ה סי' קס"ד דחזקה וק"ס איפשר דלכ"ע קנה והיכא
דאיכא חזקה ושטר כתב מהרי"בל בס"א סי' פ"א והרשד"ס
בסימני הנז' דכ"ע מודו דקנה ועיין במורי הרב ז"ל חלק
ח"מ סי' ס"ה וכ"ש בנדון שלנו דאיכא חזקה ושטר
וקנין שלשה המה דקנה איברא שכתב הריט"בא ז"ל בשטתו
לקדושין דבמקום שכותבין את השטר לא קנה לא בכס' ולא
בחזקה ולא בקנין עד שיכתוב את השטר דלא עדיף כח
כסף מכח כסף וחזקה וכתב עוד והא דרב בין אכסף בין
אחזקה קאי ולא קנה בא' מהם ולא בשניהם יחד במקום
שכותבין עד שיכתוב כו' ע"כ וכת' מהר"א ששון בסי' קפ"ז
הרי שלדעתו ז"ל נראה דלא קנה אפי' בשניהם או בשלשתן
וכיון שכן כיון דלא כתבו שטר נראה דלא קנה ע"כ ונראה
המסכמתו ז"ל כן וכ"כ בפירוש סי' ר"ו דכיון דהריט"בא ז"ל
חולק המע"ה ע"כ וא"כ בנ"ד אע"ג דתלתא איתנהו ביה
שטר וחזקה וק"ס כיון דליכא כסף לא קנה (הגה"ה ובתשו'
אחרת מהחלק הזה סלכדרתי דמאי דלא כתב הריט"בא
כן אלא דוקא בחלוקת שטר בהא אפי' בשלשתן לא מהני אם
לא כתב את השטר אבל בחלוקת כסף אם כתב שטר והחזיק
וקנה בקנין סודר איפשר דמהני אפי' בלא נתינת כסף
ואע"פי שנדרדתי לומר כן לא החלטתי המאמר כן. ושוב
ראיתי למהרש"ס חלק ח"מ סי' קל"ב וחלק א"ה סי' קפ"ד
אם קנה בכסף ובשטר אף במקום דכתבי שטרא אין צריך
חזקה) עוד רעותא אחרת יש בנ"ד דנל"ע דלא אמרן
בחזקה קונה אלא במתכוין לקנות בחזקה אבל בקונה קרק'
בקנין אחר שלא בחזקה אע"גב דהחזיק בקרקע מתילא לא
מהני הך חזקה לשוייה קנין במקום דלא מהני הקנין האחר
והרי זה דומה לאותה ששנינו קטן שקדש. לע"כי שבלת
סבלונות לאחר מכאן ע"ד הקדושין הראשונים שלא ובפרק
א"ה דף נ"ד אמרי' האי מאן דפשח דיקלא אדעתא דדיקלא
קני אדעתא דחיותא לא קני האי מאן דזכי זיכיא אדעתא
דארעא קני אדעתא דזיבי לא קני האי מאן דאתקיל תיקלא
אדעתא דארעא קני ארעתא דבי דרי לא קני האי מאן דפתח
מיא בארעא אדעתא דארעא קני אדעתא דכוורי לא קני
כו' מכל הני משמע דאע"גב דהקרקע מיתקן בכך לא קני
אא"כ מתכוין וכ"כ בתוס' והביאו ראיה מדאמרינן לקנות
את חברתה אף אותה לא קנה יע"ש •

וכן מצאתי בתשובת מהר"ם מינץ סי' פ"ב לרב רה"ל
שסובר דאע"פי שדעתו לקנות כל שאין מתכוין
לקנות באותה קניה לא קנה ואף למהר"ס מינץ שחולק שם
וסובר דקנה איפשר דיודה כאן דלא קנה דכיון דדעתו לקנו'
בשטר ובק"ס הרי הוא כמפרש שאינו מתכוין לקנו' בחזקה:

וכבר

וכבר מודה הרב ז"ל גם דבמפרש שאינו קונה בזכייה זו לא
קנה ומ"מ המופקני אם המוכר א"ל לך חזק וקני אם
מהני החזקה שהחזיק אח"כ אע"פי שלא נתכוון לקנות
בחזקה זו ואיך שיהיה אם נתן זה אין כאן שבועה יכול
הקונה המוחזק לומר קים לי כמ"ד דבעינן כל הדי' חזקות
בכסף ושטר וחזקה וק"ס ואם יש כאן שבועה חייב להשלים
מכח שבועתו

ואל השאלה שטען ראובן שקנה השדה בעד אחיו והם
אינם רוצים בקנייתו האריך החכם השלם כר"ו
להוכיח דכל עוד שאחיו אינם מרוצים בקנייה המקח בטל
והביא ההיא סוגיא דפרק הגוזל הקונה שדה בשם ר"ג כו'
והבין ההיא דמקשינן בגמ' מכלל דמקנא קני ליה וכי מי
הודיעו לבעל החטים שיקנה לבעל הבית כמו שנראה מפשטיו'
הלשון מכלל דמקנא קני ליה ריש גלותא והוקשה לו דא"כ
מאי מקשה וכי מי הודיעו דהרי בפירוש אמרה הברייתא
שלקח בשם ריש גלותא ומאי מתרץ כגון דאודעינהו לבעל
השדה ואודעינהו לשהדי כמי שמחדש אוקמתא והרי בפירוש'
איתמר ותירץ דאיפשר דהוה ס"ד דמאי דקאמר בשם ר"ג
לא שאמר כן לבעל השדה אלא לעדים אמר שיכתבו השטר
בשם ר"ג ולכך מקשה וכי מי הודיעו לבעל השדה ומוקי לה
שהודיע בין למוכר בין לעדים ואיכרא שכן נראה מתשובת
הרא"ש ז"ל כלל כ"ו סי' ג' נשאל על ראובן שקודם שנשא
אשה שניה קנה בתים וקרקעות ועשה השטרות של הקנייה
בשם בניו הקטנים ואח"כ נשא אשה אחרת והוליד ממנה בן
ונפטר ראובן אם ירש הבן האחרון עם הבנים הראשונים
או לא והשיב הרב ז"ל כיון שלקח בשם בניו זכו הבנים
וראיה מפרק הגוזל קמא ת"ר אין כופין ר"ג למכור הא
מיקנא קני כימא דפליגי עליה דבני מערבא דאמרי מי
הודיעו לבעל החטים שיקנה החטים לבעל המעות לא צריכא
דאודעינהו לעדים מעיקרא אלמא היכא דאודעינהו לעדים
מעיקרא שקנה ר"ג קנה ר"ג ע"כ הנה מוכח מדבריו
שמפרש מכלל דמקנא קני ליה דמקנה קני ליה ריש גלותא
וזה הפירוש מוקשה מן הטעם מחמת הקושיות שהקשה
החכם השלם הפו' כר"ו ומה שתירץ החכם השלי' הפוס' כר"ו
אינו מחוור דמהי תיתי שאמר כן לעדים ולא לבע' שדה כלי
שיקשה לימא דפליגי אבני מערבא כיון דבברייתא קתני
הלוקח שדה בשם חבירו ופשטן של דברים שאמר למוכר
שלוקחה לחבירו וכן פרש"י ז"ל

וכ"ל דלעולם קושיית הגמ' מכלל דמקנ' קני לקונה ולא
נעלם מעיני הרא"ש אלא שהוא ז"ל מוכח דאם
קנאה בשם ר"ג דמקנא קני רמדמקשינן מכלל דמקנא קני
ליה המוכר וקשיא ליה במה קנאה הקונה מינה משמע
דס"ל דקנאה ר"ג והוצרך לתרץ כגון דאודעינהו לבע' השדה
ולעדים דאי לא אודעינהו שקנאה לעצמו קנאה ר"ג ות"ש
הרא"ש אלמא היכא דאודעינהו לעדים מעיקרא שקנה לר"ג
קנה ר"ג לא שפירוש התלמוד דמ"ש לא צריכא דאודעינהו
הוא זה אלא ילפותא דיליף הרב ז"ל מדברי התלמוד וכדכתבי'
וכ"ת מנ"ל להרא"ש ז"ל לפרש דכי פרכינן בגמ' מכלל
דמקנא קני וכיון דלא קנאה הקונה קנאה ר"ג נימא דכיון
דלא קנאה הקונה אפי' ר"ג לא קנאה וכמו שפירשו התוס'
לפרש במאי דפרכינן וכי מי הודיעו לבע' החטים שיקנה
חטים לבע' המעות שכונת הקושיא היא וכיון דבעל המעות
לא קנה שלא נתכוון לקנות לעצמו וחזור המקח כמו מקח
טעות וכ"ל דס"ל להרא"ש דלא כתבו התוס' ז"ל כן אלא בחלוק'
הברייתא דשליח שאינה דהמשל' לא קנה משום דמי הודיעו
לבע' החטים ואלי' לא קנה שלא נתכוון לו אלא לעצמו כלומ'
לא די שלא נתכוון לעצמו ואלא שנתכוון לזכות לשלא והמשל'

לא קנה וה"ל תרתי לרעותא אבל בברייתא דהקונה שדה
בשם ר"ג דליכא אלא חדא לרעותא שהשליח לא נתכוון אלא
לזכות לעצמו אבל המשלח מיהא נתכוון לזכות לר"ג גם
השליח בפיו ובשפתיו כשא שקונה לשם ר"ג אע"ג דר"ג לא
נתכוון לקנות כיון דליכא כונה להקנות לאחרים הכילא
זוכה וכזה אתי שפיר מאי דאיכא למימר על הרא"ש לפי
דרכנו דלאחר דינו מכח קושיית הגמ' מה צורך להביא התירו'
דלא צריכא אלא שהביא התירוץ לאורויי דליכא לפרושי
כדברי התוס' אלא בדאיכא תרתי לרעותא אבל בחדא
לרעותא לא שהרי מסיק הגמ' כגון דאודעינהו לסהדי אע"ג
דמסי' נמי דאודעינהו נמי לבעל שדה היינו לבני מערבא
אבל לר"י בהודעת העדים סגי א"כ מכאן הוכחה דאע"ג
דאיכא חדא לרעותא שהמוכר מתכוין להקנות לר"ג מאחר
דהקונה מתכוין לקנות לעצמו זכה אף כשהמוכר מתכוין
להקנות לר"ג אף שהקונה אינו מתכוין לזכותו קנה

ולא הוצרכנו לכל זה אלא לפי הדרכים הראשונים
שכתבתי בתשובה אחרת סי' ל"ו מהחלק הזה

ובספר כנסת הגדולה חלק ח"מ סי' קפ"ד בהגהת הטור אות
ט"ו דאיכא לפלוגי בין מתרפר לשאינו מתרעד או בין סתם
למפרש אבל לדרך הנז' שכתבתי גם דאף לר"י בעינן
דאודעינהו לסהדי כי היכי דליקני הוא נוכי' אין צורך לכל
זה אלא דהרא"ש מוכח דלא קני ר"ג אלא בדאודעינהו
לסהדי מדמתרץ תלמודא דאודעינהו שקונה אותה לעצמו
ומינה דהיכא דקונה אותה לר"ג וקונה אותה לעצמו צריך
להודיע לעדים שקונה אותה לר"ג שוב אחר כתבי זה ראיתי
בתשובות מהר"ם די בוטון וראיתי בסי' ת"ו נרגש מתה
שהקשינו וחילק בין סתם למפרש ובתשובת הרא"ש תירץ
כמו שתירצתי למעלה דגם הרא"ש מפרש דמקנא קני לקונה
אלא דמינה יליף כו' וכמ"ש למעלה ונרגש דלפי זה למה
הוצרך להביא התירוץ דלא צריכא כו' ותירץ דאי לאו
התירוץ מכח הקושיא לא היינו יכולין להוכיח כן דהו"א
דהמקשה סובר דאינו קונה לא ר"ג ולא הקונה וכמו שפרדו
התוס' ז"ל לפרש כן אבל ממאי דמסיק תלמוד' כגון דאודעינה
לבעל השדה משמע דכיון דההודעה עיקר' נבעל המעות
ה"ה הודיע דלר"ג הוא קונה ע"כ וכבר כתבתי דלא דמי כ"כ
לנדון התוס' באופן דאף הרא"ש מפרש מכלל דמקנא קני
לקונה מפני דאין סברא לפרש מקנא קני ר"ג מכל הטעמי'
שאמרנו למעלה ועוד אי מיקנא קני ר"ג ואין כופין ר"ג
למכור במה קנאו הלוקח שיהיה השדה שלו ועוד אי כל הקושי'
היא דכיון דלא הודיעו למוכר שהוא לר"ג במה קנאו ר"ג
לפי שהודיעו נמי לבעל השדה ותו לא ולא צורך לומר
ואודעינהו לסהדי כו' ואף שנדחוק עצמנו לומר דאגב דנקט
ואודעינהו לבעל השדה נקט נמי אודעינהו לשהדי הל"ל איפכ'
כגון דאודעינהו לסהדי ואודעינהו לבעל השדה כיון דהלוק'
דאודעינהו לבעל השדה היא המחודש' ולכן הפירוש הנכון
הוא מכלל דמקנא קני הלוקח וכמ"ש המרדכי בפרק גט
פשוט והחכם השלם הפוס' כר"ו כתב על דברי המרדכי
נראה שהיה גורס המרדכי מכלל דמקנה קני האיך ורווח
לקונה ואין צורך לזה דאין חילוק בגירסאות אלא שפירוש
דמקנא קני לקונה קאמר ולא לר"ג דפירוש זה אין לו מקום
ובתשובה הנז' ובספר כנסת הגדולה במקום הנז' הרחבתי
הדבור בזה והעולה מכל מ"ש שם שלדעת הרא"ש גם והרב
בעל הטורים ז"ל לא הוצרכו לאוקמה באודעינהו למוכר
ולעדים אלא דוקא לבני מערבא דלרבי יוחנן הלכתא כוותיה
אפי' לא אודעינהו למוכר ולעדים שקונה השדה ר"ג וכו'
שם אחרים לאין זוכה קונה בעל המעות וא"כ לדידן
כנדון שלפנינו אף שקנה בשם אחרים

למוכר ולעדים שקונה לעצמו קנה •

ואפילו לדעת הריב"ש ז"ל בשי' ר"ן שנראה דפוסק כבני מערבא דכל שלא הודיע למוכר שקונה לעצמו אלא לאחרים קנו האחרים והוא לא קנה כבר כתב בע"הת בטור כ"א ח"ע סי' א' ומהרש"ח ז"ל בביאורו לח"מ סי' ס' דהך סוגיא דמשמע דר"י ס"ל דקנה בעל המעות אף דלא אודעינהו לשהדי מיירי בדשתיק אבל במערער לא קנה ומיני' דבכ"ד דלאו דוקא שתיק אלא אפי' מערערים שאינם רוצי' הקניה לא קנו אחיו של ראובן אלא הוא קנה השדה איברא דלפי מ"ש אני בדברי הרא"ש והריב"ש ז"ל בתשובה הנז' ובספר כנסת הגדולה במקום הנז' דלא פליגי רבי יוחנן ובני מערבא אלא בקונה בסתם ולא הודיע למוכר ולעדים למי קנה אבל במפרש למי קנה יעשו כפירושן וקונה אותו שפירש למי קנה הכא בנדון שלפנינו שפירש שקונה לאחיו קנו אחיו

וראיתי להחכם הש' הפוסק כר"ו כתב על דברי המרדכי וז"ל ומעתה זכינו לדין מדברי המרדכי הנז' שהקונה במעותיו לשם ר"ג ר"ג הוא הזוכה בקרקע ולא הקונה עד שהקונה יגלה דעתו לבעל השדה והעדים שלעצמו הוא קונה אותו ע"כ. ובמ"ש למעלה בדעת הרא"ש אין לתמוה עליו היאך חייב מדברי המרדכי דכל שפירש לשם ר"ג ולא הודיע לבעל השדה שרוצה אותה לעצמו שקונה אותה ר"ג דלא כתב המרדכי ז"ל אלא שאם הודיע למוכר שקונה לעצמו מיקנא קני אבל אם לא הודיע למוכר שקונה לעצמו מי זה אמר שקונה אותו ר"ג דילמא אינו קונה אותו לא זה ולא אותו בעל המעות לא קנה דמי הודיעו לבעל החטים שיקנה בעל המעות ר"ג נמי לא קנה שלא נתכוון לזכות כדרך שכתבו התוס' בדרך השני והא ודאי פשיטא דכל שאותו שנכתב השטר על שמו אינו רוצה לקנות אין סברא שיקנהו הקונה בע"כ וכמ"ש החכם השלם הפוסק כר"ו והביא ראיה מדברי התוס'

וזה חזיתי להחכם השלם הפוסק כר"ו הביא מ"ש במרדכי פ"ד דמציעא בהגהותיו הביא לדבריהם הרב בב"י ח"מ סס"י קפ"ד וז"ל שאל רב חפני כיון דבעי ראובן להקנות מלוקח ראובן לזבן ארעא משמעון על שם לוי ולוי לא הרשהו וכתב השטר על שם לוי שהיה במכירה וכיון שראה שמעון שלא בא לוי חזר בו מפני שלא הקנה ללוי כלום והשיב שאין יכול לחזור בו כדמוכח התם הלוקח שדה בשם חבירו אין כופין המוכר למכור ותשם מוכח דאין שמעון יכול לחזור בו אע"פי שלא הרשהו ולא שאלו שליח ואם יבא ויאמר כי במעותיו קנה הדין ביניהם ע"כ וירא' שמ"ש ואם יבא ויאמ' שבמעותיו קנה פירושו הוא אם יבא לוי ויאמר שבמעותיו קנה הדין ביניהם אם לוי טוען שהשדה שלו הוא ובמעותיו קנה וראובן טוען שבמעותיו קנה והשדה הוא שלו אלא שרצה להעלותו בשם לוי לסבה ידועה הדין ביניהם כלומר בין שניהם לוי וראובן ידונו ומי שיברר שלעצמו קנאה קנה השדה אי נמי אם יבא לוי ויאמר ראובן כי במעותיו קנה ולא במעות לוי הדין ביניהם והכל הולך אל מקום א' וז"ל הרב בעל המפה ואם קנה קרקע תחלה ע"ש לוי אע"פי שלוי לא עשאו שליח אם קנה במעות לוי לא יוכל לחזור בו ע"כ ופירש בספר הלבוש שאם חפץ לוי בקרקע לא יוכל ראובן הקונה לחזור בו ע"כ כלומר כיון דנתברר דקנה ללוי ובמעותיו לוי קנה ולא ראובן וכ"ל לפי דבריו דמה שסיימו הגמרא הדין ביניהם הוא כשיש הכחשה ביניהם שזה אומר במעותי קנית וזה אומר במעותי קניתי אבל אם נתברר שקנה במעות לוי הדין עם לוי וה"ה אם נתברר שהיה ממעות ראובן הדין עם ראובן אך קשה שהשמיטו גוף

דין ההגהות עצמו וכתבו דין היוצא ממשמעות דבריהם וזה דוחק גדול ולכן הנכון כמ"ש הב"ח דיש איסור לשון בספר המפה וכ"ל ואם קנה קרקע תחלה על שם לוי אע"פי שלוי לא עשאו שליח לא יוכל המוכר לחזור בו ואם יבא ויאמר כי במעותיו קנה הדין ביניה' ע"כ אבל הסמ"ע פירש שמ"ש בספר המפה לא יוכל לחזור בו אמוכר קאי ותמהני דזה שפת יתר שהרי כתבו ההגהות ברא"ש דבריהם שאין המוכר יכול לחזור בו ומה צורך לכפול הדברים ועוד דקשיא סיפא לרישא דברישא כתב דאין המוכר יכול לחזור בו בסתם ומשמע אפילו קנה במעותיו ולבסוף כתב דדוקא אם קנה במעות לוי אין המוכר יכול לחזור בו משמע הא אם קנה במעותיו יכול לחזור בו ומלבד דקשיא רישא לסיפא מ"ש בסוף דבריו דאם קנה במעות לוי אינו יכול לחזור בו ונפיק מיניה הא אם קנה השליח במעותיו לא קנה הוא הפך סוגיית הגמ' דמוכח מינה דכל שהודיע למוכר שקונה לר"ג אף שקנה במעותיו קנה ר"ג וכ"ש לרב ב"י ז"ל שכתב בסי' קפ"ג מחודשין ג' שאע"פי שלא הודיע למוכר קנה ואולי י"ל דהסמ"ע סובר דס"ל להגהות מרדכי דכי כרכינן בגמ' מכלל דמקנא קני הכונה ולא הקונה קונה ולא ר"ג קונה כמ"ש התוס' בדרך השני והגהות מרדכי תנא והדר מפרש דמ"ש ואין יכול לחזור בו מיירי בקנה במעות לוי דבקנה במעותיו יכול לחזור בו

ומ"ת קשה מאי הדין ביניהם דקאמר הי"ל לומר ואם יבא ויאמר כי במעותיו קנה אינו יכול לחזור בו ובדרך דוחק אני אומר דמ"ש הסמ"ע דלא יוכל לחזור בו קאי אמוכר לאו אהיכא דקנה במעות קאי דלזה אין צורך שיהיה הקניה במעות לוי אלא דקשיא ליה לסמ"ע שהרב בעל המפה ז"ל הניח השורש ונתלה בענפים שדין הגהות מרדכי הוא שאין המוכר יכול לחזור בו והרב בעל המפה ז"ל כתב שאין ראובן יכול לחזור בו היכא דקנה במעות לוי ולכן פירש הוא ז"ל דהרב בעל המפה לא פירש שאין ראובן יכול לחזור בו אלא סתם כתב לא יוכל לחזור בו ומתפרש בין למוכר בין לקונה אלא דהא כדאיתיה והא כדאיתיה חזרת המוכר אינה תלויה בין אם המעות הם של לוי הן אינם דאפי' הם של ראובן אינו יכול לחזור בו וחזרת ראובן תלויה היכא שקנה במעות לוי ולשון קצרה דבר הסמ"ע כמנהגו ומה שפירש החכם השלם כר"ו הדין ביניהם שאם יבא לוי ויאמר שהקונה קנה במעותיו שנתן לקונה והקונה אומר לא כי אלא במעותי קניתי ואף שזכית בקניה צריך אתה ליתן המעות הדין ביניהם ליתא דאם הקונה קנה במעותיו ולא היה שלוחו של לוי קנה הקונה כל שהודיע לעדים שלעצמו קונה ואין הפי' הזה מתקיים אלא כשלא הודיע לעדים שלעצמו קנה ומהר"ם מטירקסין ז"ל בהגהותיו אשר סביב למרדכי שנדפס בקרקא הגיה ואם יבא ויאמר כי במעות קנה הדין ביניהם ופירש ואם יבא לוי ויאמר שראובן במעות קנה שאינו ברשותו ואינו הפך במקח הדין ביניהם כי שמעון צריך לחזו' לראובן וראובן יברר דבריו או ישלם מכיסו ונכון הוא כ"ז כתבתי ההגהה שנדון שלפנינו ומה לסוגיא דפרק הגוזל עצים

האף אמנם לבי מהסס לזכות לקונה בנדון שלפנינו חדא דאיספר דלא דמי נדון שלנו לנדון התוספתא דבשלמא התם לא כיון השליח לזכות לעצמו כלל ועיקר ולכן כל שהמשלח אינו מרוצה ונתברר הדבר שהוא שליח אף הוא אינו קונה וכן בלוקח שדה מחבירו בשם ר"ג כיון שהמוכר לא כיון להקנות אלא לר"ג ור"ג אינו חפץ במקח לא קנה הקונה אבל בנדון שלפנינו שאף הוא בכלל המקח והמוכר רצה לזכותו לו אף שלא כיון לו לעצמו בלבד הנה גם לאחיו

מ"מ

מ"מ כיון שכיון לזכותו לו אפשר שהלוק' כונתו לזכות בשבילו ובשביל אחיו ואם לא יזכה הוא לעצמו וכל זמן שלא בירר שלא רצה לזכות לעצמו אם אחיו לא ירצו אמרינן שלעצמו לוקחו אלא שרצה לצרף לאחיו עמו בשביל איזו סבה ואם אחר הרמ"ה ז"ל הובאו דבריו בספר הטורים ח"מ סימן קפ"ב דכל זמן שלא יברר המשלח ששלחו שליח לקנות שתם יכול המוכר לומר שהתנה עמו בין לתקן בין לעוות והמע"ה ומינה דבכ"ד דהקונה מוחזק על המוכר להביא ראיה היינו דוקא בכ"ד שהוא שליח דלא שייך בנויה דקרק' כלום והדבר רחוק שהמשלח התנה עמו בין לתקן בין לעוות ואפילו שלא יהיה רחוק כל שאין גם הוכחה ששלחו שליח בין לתקן בין לעוות כיון שבא להוציא אבל בנדון שלנו שיש לו שייכות בקרקע בשליש לפי דבריו ויש לנו לתלות שצירף את אחיו בקניה מחמת איזו סיבה על הקונה להביא ראיה שלא כיון להקנותו לעצמו אפי' שהמוכר בא לו ויא ועוד בשלא בנדון הרמ"ה ז"ל טענת המוכר היא עם המשלח ששלחו שליח בין לתקן בין לעוות ואינו עם השליח הקונה ולכן כל שבא להוציא מהמשלח עליו הראיה אבל הכא טענת המוכר היא עם השליח הקונה עצמו ורואינו שאף לעצמו קנה עליו לברר שקנה לאחרים ולא כתן את שמותם על שפתיו לאיזו סיבה ואם בנדון שלנו יש כאן שבועה כמו שכתב החכם השלם כר"ו לית דין ולית דיין שיאמר שלא קנה הקונה דהתם בתוספת' דהלוקח שדה בשם ר"נ אין כאן שבועה אבל בנדון שלפנינו שלקח שבועה על המקח ולא ביאר שאין שבועתו אלא אם ירצו אחיו במקח ה"ל כפרים דקנה לעצמו או אפי' שקנה גם כן לאחיו אם לא ירצו בקנייתו יתקיים המקח לו לבדו דומיא דמאי דכתב מהריב"ל ז"ל ס"א סי' פ"א דכל שנתן דמים ולקח שבועה ה"ל כפרים אף כאן כיון שלקח שבוע' בשתם ה"ל כפרים שתתקיי' המקח לו לבדו

והן לו יהיה שלגבי חלק אחיו מתבטל המקח אפי' שיש גם שבועה לגבי חלקו מי פטרו מחיובו כיון דהמוכר הקנהו לו והוא נתכוון לזכות בו ואם מפני שקנה השדה לשלשתם וקנין אחד הל על כל השדה וכיון דבטל מקצתו בטל כולו כמ"ש הר"ן ז"ל וכה"ש הרכם הש' הפוסק כר"ו יראה דאין הנדון דומה לראיה דהתם שאני שאין שם גופין מוחלקין אבל הכא כיון דאין כאן גופין מוחלקין והשטר נכתב על שם שלשתן כדי שיקנה כל אחד השליש שבו הרי הוא כאלו נכתב שטר לכל אחד ואחד לבדו ואם נתבטל מקחו של אחד מהם אין מקח האחר מתבטל וזה חילוק נאה ומתקבל ועוד אפילו תימא דבנדון שלפנינו כיון שנתבטל מקצתו נתבטל כולו אם יש כאן שבועה מחמת השבועה שלקח חייב לקיים המקח וחייב להשלים שביעתו וכמ"ש הריב"ש ז"ל וכיון שכן הוא נהי דלא קנה בשטר זה מ"מ כיון דחייב להשלים שבועתו אע"פי שאין השבועה עושה קנין כל עוד שלא קנה הקרקע מחוייב להשלים שבועתו ויקנה פעם אחרת שליש של קרקע באחד מן הקניינים למה זה דומה לראובן שנשבע לקנות קרקעו של שמעון דאע"פי שאין השבועה עושה קנין כל עוד שלא קנה הקרקע בא' מדרכי ההקנאות אם מת ולא השלים שבועתו לקיימו בקנין אין הקרקע מכור ליורשיו או שהתירו לו שבועתו אין הקרקע מכור לו ועם כל זה חייב להשלים שבועתו ולקנותו בקנין גמור אף כאן אע"פי שמחמת הקנין הראשון לא קנה הקרק' חייב לחזור ולקנותו

ואבא היום אל הטענה האחרת שטען הקונה שהתוגר בטל המכר דבר קבות וכתב החכם השלם הפוסק כר"ו שהיא טענה נכונה ואני בעניי ראיתיה משוברת מאליה דלא בשביל שתוגר א' דבר הגולה על רוחו נבטל מכירה גמורה בדין ובהלכה א"כ בוא ונבטל כל מכירות שבעולם שהלוקח שירצה לחזור מקנייתו ישכור תוגר אחר שידבר דבר כזה או כיוצא בזה ויבטל המכר לא תהא כוונת ישראל ומה שהביא ראיה מתשובת הרא"ש ז"ל וכתב עלה וגדולה מזאת כו' אפילו קטנה שבקטנות איכא דהתם שאני שהעירעור הוא על המוכר עצמו ועוד דבההיא דהרא"ש ז"ל חולקים הרשב"א ורבינו ירוחם ז"ל וריא"ז וסוברים בכל ערעור שאין בגופו של קרקע אין לבטל המקח ואע"פי שהדבר מחלוקת ויכול הקונה לומר קים לי כהרא"ש ז"ל כיון שהוא מוחזק אם יש כאן שבועה שהוא ס' יהורייתא אזלינן לחומרא וכ"כ הרשב"ס ז"ל חלק י"ד סי' קי"ד בנדון זה בעצמו ולא הוצרכנו לכל זה אלא אם לא נשתמש הלוקח בקרקע דאם נשתמש בקרקע לכ"ע אין המכר בטל

והואיל ואתא לידן הך פלוגתא דהרשב"א והרא"ש ז"ל אכינה נא מה שנתקשה אצלי בדברי הרב ז"ל בב"י ח"מ סי' רכ"ו מהודשין א' כתב הרב ז"ל וז"ל כתב ר' ירוחם בנ"ט א"כ בשם הרשב"א ז"ל דהא דילאו עליה עסקי' היינו דוקא עוררין בגוף הקרקע אבל אם יצאו עליו חובות אפילו לא החזיק אינו יכול לחזור ועיין בתשובת הרא"ש ז"ל שאכתוב בסמוך ע"כ

ולכאורה יראה שרמז לתשובת הרא"ש ז"ל דרא"ש כלל ע"ו שהביאה בסוף הסי' ואם על זאת נתכוון איני יודע מה ענין אותה לכאן דהתם הוא לענין שיכול לוי לגבות מראובן שמכר השדה לשמעון שמכרו לו ודברי רבינו ירוחם ז"ל בשם הרשב"א ז"ל הוא אם יכול לחזור בו מפני עוררין מחמת חוב ולבי אומר לי שט"ס ככל בדברי הרב ז"ל וכ"ל ועיין בתשובת הרא"ש ז"ל שכתב רבינו בסמוך והיא התשובה בסוף כלל כ"ו שכתבה הרב בעל הטורים ז"ל בשעי' ה' והעד על זה שעל תשובה זו כתב הרב ז"ל ועיין בדברי רבינו ירוחם ז"ל שכתבתי בסמוך וכונתו לומר שהרא"ש ז"ל בתשובה זו חולק על הרשב"א ז"ל וסובר דאפילו יצאו עליו חובות יכול לחזור בו ועוד אם על תשובה דרא"ש כלל כ"ו שכתבה הרב ז"ל בסוף הסימן נתכוון לא היה לו לומר ועיין בתשובת הרא"ש ז"ל שכתבתי בסמוך אלא כך הי"ל ועיין בתשובת הרא"ש ז"ל שאכתוב בסוף הסי' אלא ודאי דעל תשובה זו שכתב הר"ב הטורים ז"ל נתכוון

ויש לדקדק על הרב ז"ל למה כתב ופרט תשובת הרא"ש ז"ל ולא כתב ועיין בדברי הרא"ש ז"ל בפ"ק דב"ק שכתב ר' בסמוך דגם ממ"ש בפסקיו דב"ק מוכח שחול' על הרשב"א ז"ל שכתב או שאמר יש לי חוב על ראובן וכן כתב מהרש"ל ס"ל בחלק יורה דעה סימן קי"ד שהרא"ש ז"ל בפסקיו ובשאלה חולק על הרשב"א ז"ל אלא שהוא ז"ל סובר דמה שכתב הרב בעל הטורים ז"ל בסעיף ג' בשם הרא"ש ז"ל בפסקיו הוא מתשובת הרא"ש ז"ל וכתב שהרי כתב הריב"ה ז"ל בסימן רכ"ו בח"מ שתי שאלות ובשתיהן הורה הרא"ש ז"ל הפך הרשב"א ז"ל כו' ע"כ. ואגב ריהטיה לא דקדק שמה שכתב הרב בעל הטורים ז"ל בס"ג הוא בפסקיו כמ"ש גם הרב ז"ל בבית יוסף והשני הוא בתשובה

ואולי מפני שמה שכתב בפסקיו אפשר לדחוק דלאו דוקא נקטיה ואין הוכחה משם שחולק על הרשב"א ז"ל הביא מתשובה שהיא הלכה למעשה שיצאו עליו חובו' וכן יש להוכיח מדברי רבנו ירוחם ז"ל בנתיב הכו' שמדבריו נראה שסובר כהרשב"א ז"ל ואעפ"כ העתיק דברי הרא"ש בפסקיו שכתוב שהן או יש לי חוב עליו

וראיתי להב"ח כתב דתשובת הרא"ש ז"ל שהביא הרב

בעל הטורים ז"ל בש"ה אינו חולק על הרשב"א ז"ל דהרשב"א ז"ל מיירי כשהמוכר אמוד והילכך כשיצאו עליו חובות ויכול הלוקח לדחות לב"ח בטענה הנחתי לך מקום אינו יכול לחזור בו אבל באיכא עוררין בגוף הקרקע אע"פ שהמוכר אמוד כיון שלא יוכל לסלקו מגוף הקרקע יכול לחזור כל זמן שלא החזיק וכן הרשב"א בתשובה שהעתיק הרב ז"ל בב"י בההיא דיצאו עליה עסקין מדברת כשהמוכר אמוד והילכך משהחזיק בה אינו יכול לחזור בה דבאינו אמוד יכול לחזור בו אפי' החזיק בה אבל תשובת הרא"ש ז"ל מדבר כשאין המוכר אמוד ויש לחוש שיפסיד הלוקח מעותיו הילכך יכול לחזור בו כל זמן שלא החזיק ע"כ • ולפי זה אפשר לומר דמ"ש הרב ז"ל בב"י לפי הגהתינו ועיין בתשובות הרא"ש ז"ל שכתב רבינו בסמוך אין הכונה שחולקת על הרשב"א ז"ל אלא שאינה חולקת על הרשב"א ז"ל דשם מדבר בדלא אמיד שבתי וראה שכפי דברי ב"ח אפשר להגיה בדברי הרב ז"ל באופן אחר והוא זה ועיין בתשובת הרשב"א ז"ל שאכתוב בסמוך והכונה שממנה יש ללמוד דהרשב"א מיירי בדאמיד ולהכי אינו חולק עם הרא"ש ז"ל

סופא דמילתא בהא סלקינא ובהא נחתינא דאם אין שם שבועה בקנין הקרקע יכול הקונה לחזור בו מהטענות שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו ואם יש שבועה בדבר חייב הקונה להשלים שבועתו • הנראה לעניות דעתי כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קל"ז

ועל דברי התוספות בפרק הגוזל עצים דף ק"ג ע"ב ד"ה שאני חטים וחטים דשליחותיה קא עביד כו' כתבו ז"ל דברייתא דקתני ואם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע מצינן לאוקמיה כגון שהודיעו לבעל המעות ע"כ

ואיכא למידק אם הודיעו שהוא קונה לשלח ושינה בטל המקח שהרי הסכימו כל הפוסקים שכל שהודיעו לקונה או למוכר שהוא שליח ועבר על דעת משלחו לא עשה ולא כלום והגאון מהר"י קולון ז"ל בשורש כ"ו כתב דהיכא דהשליח שינה כל דהו מדברי המשלח השליחות בטל ואפילו בדברים שאם היה המשלח עצמו עושה לא היה יכול לטעון עליו כשעשה על ידי שליח כגון כגון אונאה פחות משתות ובשרש ו' כתב כל היכא דהשליח שנה מדעת המשלח בטל השליחות מכל וכל ומה שתירץ בזה החכם השלם נר"ו אינו מחוור כלל

וראיתי למהר"י אדרבי ז"ל בסימן רס"ז כתב דלא כל שינוי שיהיה מבטל השליחות לגמרי דהא קי"ל פ' הגוזל עצים הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים ולקח בהם שעורים או איפכא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לבעל המעות הרי דאע"ג דשינה לא נתבטל לגמרי לומר דאם הותירו הותירו לשליח ולכן אם לקח ברבית לקנות איזה דבר שלא מדעת המשלח והרויח שלקחם בזול לא חשיב זה שינוי לבטל השליחות ע"כ

ולכאורה נראה דאין זה הכרח דהברייתא איכא לאוקמי כשלא הודיע למוכר דהוא שליח דהמקח קיים אבל המוכר ויהיה הדין בין השליח והמשלח וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה"ש וכתב דבריו הרב בעל הטורים ז"ל בח"מ סימן קפ"ב ס"ו וכתבתי בספר כנסת הגדולה בסימן הנז' בהגהת הטור אות מ"ו שרובי הפוסקים מודים בזה אבל במאי דכתבו התוס' ז"ל דברייתא אפש' לאוקמא כגון שהודיעו שהוא קונ' לבעל המעות ניחא ומהר"י אדרבי ז"ל אדברי התוס' ז"ל סמיך א"נ י"ל שנדקדק בדברי התוס' ז"ל שלא כתבו דמצינן לאוקומי כגון שהוא שליח פי' אלא כך כתבו כגון שהודיעו שהוא קונה לבעל המעות ומצינן לפרושי שלא הודיעו שהוא שליח אלא שאמר למוכר שהוא קונה דבר זה לפי' אע"פ שפלוני לא כוהו ובהא המקח קיים לגבי מוכר כמ"ש הרמב"ם ז"ל וקמ"ל ברייתא זו דאם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע א"נ דברייתא איירי כשהמשלח רוצה לקיים המקח דהמקח קיים והשליח יתקן את אשר עותו כמו שכתב הרב בעל הטורים ז"ל בסימן הנז' סי"א בשם הראב"ד ז"ל הנלע"ד כתבתי הצעיר חיים בכמה"ר ישראל בנבנשת זלה"ה

סימן קל"ח

ח"א
הלכות דיינים

סי' א' ר"ו שהיה ביניהם דין ודברים ונכנסו ביניהם פשרנים ופשרו שיתן ראו' לשמעון סך מה ושייטשו שטר מחילה זל"ז וכן עשו ונשבע ראובן להעמיד המחילה ואח"ך ערער ראובן על המחילה שלא היתה כדין ורוצה להתדיין ע"פי התורה העלה דראובן נקרא מוחזק בכל ספיקא דדינא אפילו אם שמעון מוחזק במעות ל א' ע"א

סי' ב' על בן שנולד לישראל מן הגויה ונתגייר אותו הולד אם כשר להיות פרנס על הצבור העלה דיכול להיות פרנס אם קבלוהו בלא שררה וכפיה וכן לדון שם ע"ג

סי' ג' תשובה לחד מן חברייא סובבת אדין של מעלה ד"ב ע"ג

סי' ד' חוזר וכהו"ר הרב המחבר להחכם הנז' ומקיים דבריו הראשונים ד"ג ע"א

סי' ה' חכם וזקן ומפורסם בהוראה שהיה דן את יחידי קהלתו זה ימים רבים ולעת זקנתו קמו עליו מלראות אם יכול עוד לדון העלה דאם דן דיכולין לומר קי"ל כמשבירין לדון ואם קבלוהו יכול לדון אפי' בכפייה לכ"ע ולתובעים אע"פי שלא קבלוהו שם ע"ג

סי' ו' הסכמת הרב אחיו של המחבר ע"ט הנז' ה' ע"ב

סי' ז' חתימת הר' המחבר על פסק חכם א' שפסק דת"ח דסגו שומעניה וביזה לראש הקברים אין למנותו פרנס על הציבור ואפילו קבלוהו מעבירים אותו שם ע"ג

סי' ח' קהל שהוציאו מעריכין וקודם שהתחילו להעריך מת א' מהם ורוצים שאר המעריכים ליפטר משירותם באומרם כיון דמת א' מהם נתפררה החבילה והק"ק טוענים שעדיין בחיובם הם עומדים • העלה דאם הקהל ממנים אחר במקומו חייבים לשרת בשירותם ואם מנהג הקהל בשאר ברורות שלא למנות אחר במקומו אף במעריכין כן ולא יהא אלא ספק ספק חרם להתמיר שם

סי' ט' ר"ו שנכנסו פשרנים ביניהם וגזרו שמה שחייב שמעון לראובן יגבהו מן הפ'אטוריאה שיעשו שניהם תוך ה' שנים החצי יהיה לפרנסת שמעון והחצי יתפרע ראובן הובו ונכתב בספר והעד עדים ועשו פ'אטוריאה א' ונתפרע ראובן קצת מחובו מהחצי הנוגע לשמעון ואחר זמן נפל לשמעון ירושה ביד ראובן ורוצה לעכבה בידו בעד שארית החוב דן את הדין דל"מ אם נטלו קניין ר"ו למה שיגזרו הפשרנים אלא אפי' לא נטלו קניין כיון שהתחיל להתפרע מן הפ'אטוריאה וגם כתבו כך בשטר אינו יכול ראובן לחזור וחייב ליתן ירושתו והיינו דוקא בידוע שימשך הפ'אטוריאה עד חמשה שנים אבל אם ברור שלא יהיה להם פ'אטוריאה יכול לעכבם ביד ב"ד ד"ו ע"א

סי' י"א קהל שבררו סך אנשים להנהיג את הקהל וכת' בהסכמה שכל ההנהגות וצורך הקהל יהיה ע"פי הרוב ואירע מעשה שעשו מעמד ולא קראו לאחד מהברורים וטוען שאמר שלא נמנא הוא באורו המעמד שאין במעשיהם כלום והברורים משיבים שמה שלא קראוהו הסיבה הייתה להיותו נוגע בדבר • העלה דהדין עמו מטעם ההסכמה אבל ע"ת שטוען שחבריו שלא קראוהו עברו על ההסכמה אין בדבריו כלום ד"ח ע"א

סי' י"ב על ממוני החזקות שבקושטא שמינו ההורא אחרת כפי מנהגם וא' מן הממונים הראשונים לא נמנא באותו המעמד ומערער עליהם שמטיים בטל בטענה שההסכמה היתה ברובו שלא מתוך כולו והממונים משיבים שכבר שלחו אחריו כמה פעמים שלם ולא מנאוהו ולשאול הגיעו כדת מה לעבות • העלה דאין בדברי המערער כלום ד"ט ע"א

סי' י"ג ר"ו שהיה להם דין ודברים וראובן רוצה להתדיין ע"פי התורה וש' רוצה להתדיין לפני הסוחרים וסוף דבר נתרצה ראובן להתדיין לפני סוחרים אך בתנאי שיהיה פ' הסוחר חליו ושמעון יבחר לעצמו למי שירצה ושוב חזר הסוחר מלד' ראובן ולא רצ' להיות דיין או אמר ראובן שרוצה לעמוד בדין תורה מאחר שחזר פ' הסוחר כל • העלה חד מן חכימייא דהדין עם ראובן י"ו ע"ג חתימת הר"הת מסכים והולך למ"ש החכם של מעלה ואפילו אם נשבעו שם ע"ד

סי' י"ד ר"ו שהיו ביניהם דברי ריבות וברו להם ברורים ללוי ויהודה ולוי ברור שמעון היה גיסו והוצרכו הברורים לברור למכריע ליששכר קרוב ללוי וששכר הכריע מה שהכריע וראובן ממאן בהכרעתו באומרו ששכר לא שמע טענות ב' הברורים ולוי הברור אומר ששמע אם נאמן ישכר לומר ששמע את ב' או לא ואת"ל דאינו נאמן אם יהיה נאמן בעדות לוי : העלה דיששכר אינו נאמן כיון דהוא יחיד וגם לוי אינו נאמן כיון שהוא גיסו י"א ע"ב

סי' ט"ו דיינים שפסקו את הדין בכ"ע או שכתבו גזרתם בכתב אין חוזרין ומגידים ואם כתבו ב' גזרות ויש הוספה בשניה ודיין א' אומר שהוספה הייתה והב' אומר שכך הייתה מתחילה זה שאומר שכך הייתה מתחילה הוי חוזר ומגיד שם ע"ב

סי' י"ז אם ראובן תבע לשמעון ושלחו לו לבוא לדין ולא בא אם מכני זה יכתבו ויתנו פסק לראובן ששמעון חייב לו ככל אשר שאל להביאו בשט"ג • העלה שאין נותנים פסק אלא בהתרו בו ג' פעמים ויש עדים ברורים ע"ז שלא רצה לבוא אבל לא ע"פי עד אחד אפילו שליח בית דין וקרא תגר על מי שנתן רשות על זה י"ב ע"ד

סי' י"ח דיין שדן את הדין בלתי שמוע טענות ב' הכתות אין דינו דין וגם אינו יכול לחזור ולדון אותו הדין אפי' אחר שמוע טענות ב' הכתות י"ג ע"ב

סי' י"ט קהל שקבלו עליהם לחכם א' למרביץ תורה אינו יכול אותו החכם למנות אחרים לדון דין תורה בלי רצון הבעלי דינים שניהם כא' אבל דין שאינו תלוי

תלוי בדין תורה אלא בדין הסוחרים יכול לגזור שפי' ופי' הסוחרים ידינוהו שם ע"ג

סי' ע"ג על ראובן שהיה מתקוטט עם היורשים שלו משפט הירושה מנכסי הזקנה מטעם אנא מכח אבא דאבא קאתינא ונמנו וגמרו ב"ד שבעיר שילך לקושט'א וכל אשר יגזרו אומר ישפוטו הם והלך ר' והביא פסק מהחכמים שבקושט'א שזכה במטלט' ולא בקרקעות ובא ראובן ושאל מב"ד שיחזיקוהו במטלטלין כפי הפסק שבידו וב"ד לא היו רוצים להחזיקו לא מטלטלין ולא כו' עד שיביא ראייה כו' סוף דבר א"ל שיתנו לו זמן ט"ו ימים והוכרח ראובן להודות לדברי הב"ד ונטל קליין וגם כשבע שבט"ו ימים יחקור והלך וחקר ולא מצא ועתה טוען ר' שמה שעשו ב"ד להכריחו שבט"ו יום יחקור היה שלא כדין ומה שהודה ונטל קניין ושבועה היה באונס ועוד טוען שהיה בטעות וקניין בטעות חוזר ועוד טוען שאפי' יאמרו ב"ד שהקנין היה שלא לערער עוד הו"ל קניין לדברים דן דינא למה שטוען דהוה באונס ומ"ש דהוה קניין בטעות הדין עמו ונאמן בלא עדים וטמ"ש דהו"ל קניין דברים העלה דחייב להשלים מכח השבועה ע"ו ע"ג

ה' עדות

סי' ק' על ב"ד א' שקבלו עדות א' אחר שנתקבל אותו עדו' לפני ב"ד אחר מוכה והולך י"א טעיות שטעו הב"ד הב' בזה י"ד ע"א

סי' כ"א תשו' לחכם א' על מי שחייב להקדש הקהל וחל"ש והקהל תובעין הממון מהיורשים ואין שם עדים כי אם מהקהל • העלה דאפילו בשילוק לא מהני אם לא שיש מנהג להכשיר מעדי הקהל שם ע"ג

סי' כ"ב חתימת הרב המחבר ע"ע הנז' • והעלה דאם המנהג בעיר להכשיר בין עדים בין דיינים אף בלא סילוק נאמנים ואם המנהג להאמינם בסילוק שמסלקו עצמן ויעידו אבל אם אין שם מנהג יכולים היורשים לומר קי"ל ט"ו ע"ג

סי' כ"ג ראובן פקיד על עזר היין וה' פקידים עמו וכל זמן שהיו גובין מעות מהעזר היו שמים אותם המעות בכיס באמתו של א' מהפקידים ובסוף השנה בשיאת ר' נתן חשבון הוא וחביריו להק"ק ואחר עבור זמן קמו ב' פקידים והעידו שמהכל נתן ר' חשבון זולת מע"ב אלף לבנים ור' אומר שמהכל נתן חשבון ולשאול הגיעו אם הפקידים הוו נוגעים בעדות ונאמן ראובן או לא העלה דאם אין מנהג פשוט בעיר להכשיר ראובן פטור בשבועתו י"ז ע"ג וד'

סי' כ"ד על מתנה שא' מהעדי' פסול כשחתם אע"פי שלא הכריזוהו עד אחר שחתם אותה מתנה בטילה טו"ב ע"ד

סי' כ"ה על מעשה ב"ד המחייבו לראובן שא' מן הדייני' קרוב לבן ראובן אם ר' קיים דנים ע"פי אותו מעשה ב"ד אבל אם מת ונפלו נכסי קמי יתמי אין דנין ע"פי אותו מעשה ב"ד לבן ראובן כו' ע"ש אם מה שתובע חנוך אינו ממון אלא שביזו לאביו דנין ע"פי אותו מעשה ב"ד וכ"ש אם יש לו בן אחר שאינו קרוב לדיין ח"י ע"ב

סי' ע"ע שטר שחתום בו המורשה שחייב הנתבע לתובע ס"ת לזמן פ' שכבר נתחייב הנתבע בלתי עדות המורשה יכול המורשה להעיד לו שחייב לו כ"וכ כל זמן פ' והיינו כשהורשה בשכר קצוב בין יוכיח בין לא יוכיח אבל אם אינו בשכר קצוב אלא לפי מה שיגבה פסול • כ"ב ע"א

סי' פ' תשובה מחכם א' סובב הולך ע"ע של מעלה שם ע"ב

ה' שטרות

סי' יו"ד יורש שהוציא שטר על ראובן והאומדנות מוכיחות שהשטר מזוייף או פרוע אזלינן בתר אומדנא דמוכח בדיני ממונות להחזיק המוחזק בשלו ו' ע"ג

סי' ט"ז חתימת יד הר' המח' ע"ד הר' הכו' מהר"ש ויליישיד ע"ע שכן לדון בני אדם לומר מחזיק פ' בבתים בין על מולקיי בין על החזקה בין על ווהקוף ובכל עינייני שטר הולכין אחר לשון בני אדם י"ב ע"ב

סי' כ"ו ראובן שהיה חייב לשמעון ב' חובות הא' היה לוי ערב והא' בלא ערב ושלח ראובן החוב שלוי ערב ע"י לוי הערב אין שמעון יכול לומר סיטראי נינהו • עוד שם אם יש לראובן על שמעון ב' חובות א' בשביל מלמו וא' בשביל אחר לאו כל כמיניה דמלוה לומר בשביל הערבות קבלתים • ע"ש אם ראובן ערב לשמעון בשביל לוי ויהודה ופרע לשמעון בסתם יכול המלוה לומר בשביל פ' הלוה קבלתים ח"י ע"ג וע"ד

סי' ז"ך על לשון הר"ן פ' הכותב על מעשה דאביתי דהוו משקי ביה זוזי בי חוזאי וכ"ת לעניין דיכא שמי שנושה בחבירו ב' חובות הרבות ביד המלוה ליטלם מחמת חוב שהוא רוצה ומ"ש בזה א' מן חכימייא י"ט ע"א

סי' כ"ח לוה שטען שיתנו לו העתקת השטר לראות אם הוא מזוייף נותנין וכן אם טען שיתנו לו זמן להביא עדים שהוא מזוייף נותנין לו ל' יום כו' ע"ש במת לוה בחיי מלוה דאיכא פלוגתא דרבוותא אי אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבנין היכא שמתו אח"כ בני המלוה יכול המוחזק לומר קי"ל כר' שר שלום ואם יש בשטר נאמנות לא שייך בזה מחלוקת ר' ש"ם • ע"ש הבא ליפרע מנכסים משועבדים לא אמרינן אין אדם מוריש שבו' לבנין כ"ד ע"ב ג"ד

סי' כ"ט ע"ע הנ"ל מי שטוען שיתנו לו טופס השטר כו' מוסיף והולך דה"ה לשאר טענות שטוען והוא נקרא מוחזק ואין נפרעין ממנו אם לא יתנו ההעתקה • ע"ש דע"כ לא נחלקו אלא בשטר הלואה אבל בשטר מתנה נותנין לו הטופס וכ"ש ההסכמה וע' סי' רמ"ד כ"ה ע"א

סי' ל' ע"ע שליח א"י שהולך ומסבב לגבות ממון א"י דרמי לא' מגבי הבית שנשא ונותן בנכסי הבית וכמה חילוקים בזה • ע"ש דבהקדש לא מיקרו הרבים מוחזקים אלא כשתובעים ליחיד הממ אבל כשתובעים הוא ממון

הממון לפרוע מתנה הוא לא. ע"ש אע"ג דקי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי יורש שטען שלא לוה אביו ובאו עדים שלוה מעמידין שאחר הלואה פרע שם ע"ג כ"ו א

סי' כ"א כתב שאלה הר' המח' לבני א"י ע"ע הנז' כ"ו ע"א

סי' כ"ב על מנהג העיר שהמתחייב עצמו חותם בשטר ואם אינו יודע לחתום מצוה לסופר העיר שיחתום בעדו אפילו היא אשה מצוה להתום בעדה ואירע שאחנו האדם ואשתו מתנה לראובן וצוותה האשה לסופר לחתום בעדה ולא חתם הסופר בעת ההיא יכול לחתום כ"ז שירצה ע"ש לפי התקנה אם המתחייב לא חתם אינו גובה אפי' מב"ח ואם כשתקנו תקנו שלא יהיה לו דין שטר גובה מב"ח שם ע"ג

סי' כ"ג על סופר העיר שחתם בעד החייב שאינו יודע לחתום כמנהג העיר ומת אותו שצוה לו הסופר לחתום לא מקרי עד מפי עד כ"ו ע"ד

סי' כ"ד ראובן שהשכיר לבני ק"ק פורטוגאל בה"כ א' שבנה בחצירו וזה לשון השטר השכרתי ליחידי הק"ק הב"הכ שבניתי בחצרי עם העזרה והבית שמתפללים בה הנשים והב"הכ שהשכרתי להם הוא להתפלל בתוכו שחרית וערבית ומנחה של כפור ולא מנחה של פרטים יכולי' לקבוע שם ישיבה שיקראו יום יום אחר התפלה בבוקר וכל שכן שיכולין לקבוע ישיבה בעזרה ובב"הכ של נשים. ע"ש בשטר שכתוב בו דלא כאשכחתא ויש בו מחלוקת הפוסקים אין המוחזק יכול לומר קי"ל אלא אזלינן בתר רובא. ע"ש במוכר שהחזיק ללוקח מדעתו מי נקרא מוחזק וכן בשדינא אם המוחזק בקרקע שכשיו יכול לו' קי"ל ז"ך ע"א ב"ג

סי' כ"ה ע"ע שטר ישן והחילוקים שבו ולגבי יתומים עדיף מעצמו כ"ח ע"א

סי' כ"ו ע"ע נכסים הכתובים על שם אחר שם ע"ג

עוד שם ע"ע מקום שנהגו שלא לגבות בלי הרשאה אף אם כתוב בשטר ואפילו בלי הרשאה בשטר שהמוציא הוא בעל המעות גובה אפילו בלי הרשאה כ"ט ע"ד

סי' כ"ז בענין שטר שיש בו מחק ואין בו קיום יש בו כמה חילוקים ואיכא פלוגתא כו' ויכול המוחזק לומר קי"ל ואין בעל השטר נקרא מוחזק ואפילו ברנקיט שטרא מעלייתא ל' ע"א וע"ב

סי' כ"ח ע"ע שטר שהרחיקו העדים שני שיטין מגוף השטר אם לא הרחיקו כשיעור הזה מהחתימת החייבים שחתמו מודה אני השטר כשר ל"א ע"א

סי' כ"ט על שטר שכתוב בו נאמנות והתום בו הלוה לבד ולא העדים אם נתקיימ' חתימת הלוה אינו יכול לטעון לא היו דברים מעולם אבל יכול לטעון פרעתי שם ע"ב

ע"ש כל שלא כתב נאמנות מפורש אף על הפרעון נאמן לומר פרעתי. ובשטר שכתוב וקנינא ולא חתמו העדים יש מקום לומר שלא נעלו קנין וכ"ש אם הלוה טוען שלא לקחו קנין על הנאמנות ואפילו אם מפורש בשטר שנעלו קנין על הנאמנות אם יטעון אשתבחתי אבל לא לקחתי קנין נאמן ל"ב ע"א וע"ב

סי' ל' בשטר שיש בו נאמנות כב' עדים כשרי' מהני ליה סובר מב"ד ואם התנה שיהא נאמן אפילו כנגד ב"ד סובר שמיד המלוה מהני אבל מיד ב"ד לא מהני שם ע"ב

סי' ל"א כתב יד בקנין והיו התוספ' בו עדים גובה בו אפילו ממשעבדי ואם אין בו קנין אם העדים חתמו בידיעת הלוה גובה ממשעבדי ואם חתמו מעצמם ואין בו קנין אינו גובה ממשעבדי ל"ג ע"ב

ה' הלואות

סי' מ"ז תשו' בן הר' המח' על לוי שמכר בגד אחד בהקפה לראובן ושמעון ויהודה נתערבו כל אחד בשביל חבירו בשעת לקיחת הבגד ערבים קבלנים זה לזה ושמעון כופר בזה ואומר שלהד"מ ושוב מת ראובן ויהודה העני ולוי תובע השמעון החוב העלה דגובה לוי השמעון מה שנשאר חייב ראובן הדין קי"ל ל"ו ע"ב

סי' מ"ח חתימת הר' המח' על פסק הנז' שם ע"ג

סי' מ"ט מרביץ תורה ששכרו בעיר א' ונתחייבו לתת לו סך קצוב בכל שנה ולשון החיוב הוא ונתחייבנו לתת יחד כולנו להח' כו' וחתומים על החיוב רובא של עיר לכ"ע יכול להתפרע ממי שירצה ל"ז ע"ב

ה' טוען ונטען

סי' מ"ו ראובן חושש לשמעון שגנב ממנו איזה דבר יכול לכופו שיקבל עליו חרם סתם שלא גנב מרכוש מאומה אפילו למ"ד דשבועה אינו יכול להשביעו ל"ו ע"א

סי' נ"ב ראובן שיש בידו גזרת ב"ד שישלם לו שמעון ת"ק גרוש' וטוען שמעון שאחר שנתחייב לדין מחל לו הכל כינו לבינו אם לא ידע שמעון כלום מהגזרה שנתנו ב"ד בידו יכול לומר פרעתי וה"ה מחלת לי במגו דאי בעי אמר פרעתי וגם נאמן לומר שתנאי הפוטרו התנו ביניהם ובשבו' השת ויכול להפכה לשכנגדו והב"ד שנתנו הגזרה ביד ראו' בלתי ידיעת שמעון לא יפה עשו. ע"ש על שמעון שנתערב לראובן בעד הגוי ובדיניהם נפטר הגוי מראובן מהחוב גם שמעון פטור וה"ה אם הגוי אינו זוכה בדינם אלא בדינינו הערב נפטר מ' ע"א וע"ב

סי' פ"א לוי שהיה שולח סחורות לשמעון שימכרם וישלח המעות ליששכר וזבולון כדי לפרוע להם החוב שהיה חייב להם לוי ושמעון עיכב בידו מהמעות שאחלו לוי כדי מה שחי' לו לוי אם שמעון קיבל המעות בלא עדים לכ"ע יכול לעכבם אע"פי שאין החוב מבורר ואם קיבלם בעדים צריך לברר החוב אם קבלם מעיקרא לשם יששכר ושוב רוצה לחזור לעכבם לעצמו אינו יכול והא דזכה שמעון בתפיסתו היינו אם הגיע זמן פירעון חובו ויש עוד חילוקי דינים בזה עיין בפנים כ"ב ע"ד

סי' פ"ב אפוטרו' יתומים שהלוו לערל א' סך מה מתעו' היתומים בריוח ויהודה ויששכר ערבי' ובתוך הזמן אירע עסק לאפוטרו' עם הער' ועל מה שנשארו חייבים לערל אמרו ליהודה רבונינו לנכות מהסך שחייב לנו מהיתומים סך ת"ק גרוש' ונתרצה יהודה בזה וכראות אפוטרו' כן נתנו ביד האלמנה אם היתומים הסך ת"ק גרוש' ושוב נפטר יהודה והערל ברח ועתה שואלים האפטרופו' מיששכר כל החוב וגם רוצים לחזור בהם מה שנתנו ביד האלמנה אין בטענתם ממש ויהודה ויששכר כבר נפטרו מהת"ק גרוש' וגם האלמנה אינה חייב' להחזיר כלום כ"ג ע"ב

סי' פ"ג יתום שגבתה אמו כתוב' והניחה ליתום עישור נכסי ממה שגבתה כפי המנהג פה איזמיר והמנהג ג"כ שאם ימות היתום קודם נישואין שתחזור המתנה אליה והיתום לקחו אבי אמו לזונו בביתו ואחר ימים הלך הנער לבקר לדודיו ועכבוהו שם ושוב אח"כ מת הנער ואמו תובעת העישור נכסי שהניח ליתום בטענו' וא' מהם שפסקו עם היתום מזונות העלה שאם יקבלו ע"ז ח"מ יכנו מה שבידם שיעור מה שטוענים שפסקו עמו מבן י"ג ומעלה שם ע"ג

סי' פ"ד מ"ש הרב מהר"א אלגאזי ע"ד הרב המו' ע"ע הנז' כ"ד ע"ד

סי' פ"ה מה שהשיב הרב המח' ע"ד הרב מהרש"א ע"ע הנז' שם

ע"ש אם הרויחו הנכסים קודם שמת היתום אינה נוטלת אמו אלא הקרן והריוח הוא ליורשי היתום כ"ה ע"א

סי' פ"ו ראובן שהיה לו ב"ח והלך למצרים ומשם היה שולח לשמעון סחורות והזהירו שלא ימכרם בפחות מזה הסך ויפרע לתוגרמים ושמעון מלבד שלא פרע לתוגר' לא פרע ליהודים זאת ועוד שנתן להם הסחורה בפחות מהסך שהזהירו והוציא ג"כ משם למזונות אשתו והן עתה טוען ראובן לשמעון שפשע במה שציוה לו ושיפרע לו כל הנזק הנמשך לו הדין עם ראובן במה שפיחת לו מהסך שהזהירו אבל מה שפרע ליהודים ולא לתוגרמים יש בזה חילוקים רבים ע' בפנים שם ע"ב

סי' ק"ב תשו' לא' א' שהקשה עמ"ש מהריב"ל בתשו' סי' קנ"ב ע"ע דיכול לומר המוחזק קי"ל כמאן דפטרני מן השבועה קי"ד ע"ד

ע"ש על דיין שבא להוציא מיד המוחזק במילתא דיכול לומר קי"לאי הדר דינא או לא קט"ו ע"א

סי' ק"ג תשו' הרב המח' להח' הנז' ע"ע הנז' קי"ו ע"ב

ה' גביית מלוה

סי' מ"א מי שמבריח נכסיו וכותבן ע"ש אחרים דין מרומה הוא ויכולים לעכב הנכסים ביד מי שהם עד שיעמדו לדין • נכסים שנתעכבו ע"פי חכם המרביץ תורה הבא להוציא מאותו עיכוב תובע מיקרי דעכבת הנכסים כלהחזיק דמי היכא דנתעכבו ע"י המרביץ תורה • ע"ש ב' שלוו ופרע א' מהם כל החוב חוזר וגובה מחבירו ולאו דוקא לוה אלא כל שמחמת הדין נתפרען ממנו בעד חבירו חוזר וגובה ממנו כל שהוא חוב ברור ל"ב ע"ג

סי' ד"ן ע"ע הורדת מלוה לנכסי לוה שלא בפניו וכן אם נפרעים בשטר מקויים שלא בפני לוה איכא פלוגתא דרבוותא ויכול המוחזק לומר קי"ל ואם צריך המלוה לישבע כשבא לפרע שלא בפניו צריכה שתהיה השבועה בפני ב"ד שבעירו שהנכסים שם ל"א ע"א

סי' נ"ה כתב שאלה הרב המח' להר' י"ט ן' יעי"ש ע"ע הנז' מ"ב ע"א

סי' נ"ו מה שהשיב הר' הנז' ע"ד הר' המח' ע"ע הנז' שם ע"ב

סי' ז"ן השגות הרב המח' על מה שפסקו ב' חכמים שלא כדבריו ע"ע הנז' ודרך אגב מה שחידש הרב המ' בדרך שק"וט עי' בפנים באורך שם ע"ב

סי' ח"ן תשו' להרב המח' על מה שהשיגו עליו בקונט' זה השני ע"ע הנז' ומה שחי' מתוך שק"וט מ"ו ע"ב

סי' ט"ן תשו' למוהר"א אליגרי שר המסכים על פסק הרב המח' ע"ע הנז' נ"ן ע"א

סי' ס' תשו' למהר"ח ן' ויניסטי מחזיק דברי הרב המח' ע"ע הנז' ד"ן ע"א

סי' ס"א מה שהשיב הרב המח' לתלמידו מוהר"א ן' ויליסיד ע"ע הנז' כ"ה ע"ג

ה' גביית חוב מהיתומים

סי' כ"א שט"ח מקוים היוצא על היתומים לא טענינן להו שמא שובר היה לאביהם • אם נתנו הדיינים גזרה ביד המלוה אם יכול לומר פרעתי א"ל פלוגת' דרבוותא היא ויכול המוחזק לומר קי"ל ל"ח ע"ג

ע"ש כשהדיינים הם ב' ונתנו פסק דין לב"ע אינו נאמן לומר פרעתי ל"ט ע"ב

סי' כ"ב מי שמת והניח קרקע ומטלט' וכתובת אשה וב"ח וכל נכסיו לא היו מספיקין לפרוע הכתובה לבד ובאו היתומים ופרעו לאלמנה הכתובה ואת הקרקע נתנו לה ממון מכיסם כדי שישאר קרקע אביהם להם ואח"כ בא ב"ח לטרוף מהם הקרקע הדין עם היתומי' לא מבעיא אם פירשו היתומים כשפרעו לאלמנה שבשביל שלא תגבה הקרקע נתנו לה מעות אלא אפילו בסתם הדין עם היתומי' ד"מ ע"ב

סי' ס"ב ראובן שהיה חייב מעות לקהל בריבית שלקחו מגוי אחד והטילו עליו קצת מעות והלך לו לא"י ושלח המעות לקהל ולא רצו לקבלם ומת ראובן והאמר' אלמנתו והיתומים להאפוטרו' שיפרע המעות הללו שריבית אוכלת בהם והאפוטרו' לא רצה לפרוע והגדילו היתומים והיו גובים הקהל מהם וארנוניות ומהחוב לא תבעו כלום לא קרן ולא ריוח ואח"כ מת האפוטרו' והקהל תובעים החוב מהיתומים אין בזה משום הבא ליפרע מנכסי יתומים וחייבים היורשים לפרוע הגם שעבר כ"כ זמן ולא תבעו כלום כ"ו ע"ג

סי' ס"ג שמעון הדורש יורשי ראובן שהיה לו עם אביו עיסקא ע"פ והיורש טוען שאינו יודע כלום מזה ואם תמצי לומר שחייב כתובת אמו קודמת לב"ח כל שכשבע היורש שלא פקדי אבא כפטר ז"ן ע"ב

סי' ס"ד שטר שכתוב בו האמינו עליו כב"ע כשרים והכל באחריות ואומר שקבל עליו כו' עליו ועל יורשיו כו' זה שכתב עליו ועל יורשי קאי ג"כ לנאמנות ואם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה גובין יורשי מלוה מיורשי לוה בשבועה כ"ח ע"ב

סי' ס"ה ראובן שלוה משמעון מנה בשטר בערבות בנו חנוך ואין כתוב בשטר נאמנות עליו ועל יורשיו ומת ראובן בחיי שמעון ואח"כ מת שמעון ובאים יורשי שמעון לתבוע מחנוך יורש ראובן ויורש ראובן טוען שמא פרע אבי לאביך גובה שמעון בשבועה מחנוך בן ר' הא דאמרינן דערב בתר יתמי א זיל ואם היתומי' גם הערב פטור היינו היכא דהערב הוא אינש זר אבל אם הערב הוא א' מן היורשים גובה ממנו כפי חלקו ואם אין יורש אלא הוא גובה ממנו הכל ג"ט ע"ב

סי' ס"ו מה שהשיב הרב המחבר למהר"י איסקאפה שרצה לחלוק עליו ע"ע הנז ד"ם ע"ד

סי' ס"ז תשובת הרב מהר"ר אגוזי ע"ע של מעלה חולק עם הרב המחבר ס"ד ע"ד

סי' ס"ח מה שהשיב הרב המח' להר' הנז ע"ע הנז' ס"ו ב

סי' ס"ט תשובת מהר"א קופינו שר המסכים לדברי הרב המחבר ע"ע הנז' ופלפול שקלא וטריא כלפי לייא על קצת דברי ה"ה ס"ח ע"ד

סי' ע' תשובת הרב המחבר להרב הנ' להחזיק דבריו הראשונים ע"כ מ"שה ע' ע"א

סי' ע"א אלמנה שבאת לגבות כתו' מנכסי בעלה ר' מנכסים שנפלו לו מבן דודו לאחר מות ר' וגם בע"ח של ר' ג"כ באו לגבות מאותם הנכסים ויורש ר' טוען שהנכסים הללו הם ראוי ושוב בא מכח אביו שירש את בן אחיו בקבר • העלה דאם האלמנה היא מוחזק' אין מוציאין מידה בין מנה מאתים ותוס' בין ברונייא ואם אינה מוחזק' אבדה כתוב' וכן הדין לגבי ב"ח שם ע"ד

סי' ע"ב יורש שבשטר כתוב' אמו יוצא מתחת ידו אינו נאמן לומר שהוא פרוע להוב לאחר היורשים ואפי' אית ליה מגו גמור ע"ג ע"א

סי' ע"ג סובב הולך ע"ע של מעלה ונכתב ג"כ שני' דיינים קושה משם ע"ו ג

סי' ע"ד ראובן שנפטר לב"ע והל"ג והניח אלמנה ויתומים גדולים וקטנים ואחר מותו הוציא שמעון מר' כתב יד שהוא חייב לו ר"ן גרו"ש לפורעם ן' בכל ששה חדשים וזמן הפרעונות מהם עברו קודם מיתת ר' ומהם לא עברו : העלה על הפרעונות שכבר עברו זמנם אין שיכול להתפרע מהיתו' אם לא בשבועה אלא כפרע' ומותר להם איזה דבר כפי הנר' לאכוטחכום או לב"ד שיש להם ריוח ליתו' אבל הפרעו' שלא עברו זמן אבי' מת ביומא דמישלם זימניה נפרע שמעון מיורשי ר' כו' אם אמר היתו' בין ראובן שך כ"וכ חייב אבי לשמעון ושנגרד מהשכר אפרע לו ולא זכה לרדת מהשכר שגם הוא נגף ומת תוך זמן מקרי ונפרע מהיורשים ע"ח ע"ב

סי' ע"ה חתימת הרב המו"על פסק א' של החכם השלם כמוה"ר שמואל ס'אנ'ים והוא פ'ט יתום א' שהודה אביו בשעת מותו שחייב לו השט"ח אמפ"י שהניח שאר יתומים קטנים זכה היתום בזה ונובה מהם כ' ע"ג

הגבית חוב ממשעבדי

סי' ע"ו שמעון שמשכן ללוי אונא'ארה א' הידועה לו ועשה לו שטר ע"ז ככתוב בספים ותוך הימים האלו בא ש' ומכר האונ'ארה הנז' לראובן ועשה לו שטר מכירה ולוי טוען שהאונ'ארה הנז' היא משועבדת לו מזמן מוקדם ור' הוציא על לוי שט"ח שחייב לו כ"כ מעות ולוי טוען שנפרע החוב הזה מהשטר אחר שהיה לו על יהודה שנתנו לו בתורת משכון ור'אינו רוצה להתפרע אלא מן האונ'ארה אם יעלה הדין שהיא משועבד לו עוד הוציא ר' שט"ח בעדים על ש' בשעבוד נכסים מוקדם מזמן השעבוד של לוי והזמן לא היה מכתיבת הסופר עוד טוען ר' שלו יהיה שהאונ'ארה הזאת היא ממושכנת ללוי מחמת החוב שפרע לעזל בעד שמעון שרוצה לפרוע לו שיווי מה שפרע לעזל בעד ש' הדין עם ראובן ואין מוציאין האו'נארה מידו וע"מ שנטען ר' לפרוע ללוי שיעור שיווי החוב שפרע לעזל ולא כל החוב לא נדק בזה ככי'תכלי לוי עם ש' החייב לו פ"ב ע"ג

ה' הרשאה

סי' ע"ז מורשה שמכר מה שגבה מהלוה בהרשאת המרשה וטוען המר' שהוא עשאו מורשה לגבות ולא למכור יכול המרשה להוציא מיד הקונה מה שמכר לו המורשה ואם כתוב בהרשאה שנב ד' אמות קרקע ואינו כ'כה כל מאי דמתעביד מן דינא כו' יכול המורשה למכור מה שלקח מהלוה ז' ע"ד

סי' ע"ח בעל המשכיר בית או חנות מנכסי מלוג של אשתו לזמן מתם קנה השוכר ואין כח ביד האשה למחות וגם אין לבעל השכיר' מטעם שלא היה קלכה לשנים כ"ח ע"ד

סי' ע"ט ע"ע שטר שהיה חתום בו המורשה עצמו והיה לו חלק שליש מהנכסים • העלה' דאם כבר נתחייב ונתבע בלתי דינו של זה יכול להעיד ע"מ שנשאר חייב כ"ב ע"א

סי' פ' סובב הולך ע"ע הנז' שם ע"ב

ה' ערב

סי' כ"ב שייך לה' אלו וכבר נרשם עניינו בה' טוען קחנן משם

סי' פ"ט שמעון שהוציא כ"י לוי שיתן לר' סך מה והוא יפרע בעדו שיין כפמים נוסח הכ"י והשבר

ונשאר ר' חייב לוי לפרוע לשמ' כל הסך מדין ערב אע"פי שלא היה שם קניין ואע"פי ששמעון הלוה לר' יותר ממה שכיוה לו לוי ור' פרע לשמעון קצת מן החוב ונשאר חייב לו הסך שהרשה לו לוי חייב לוי לפרוע לשמעון ולא אמרינן מה שפרע לו מעיקרא על הערבות — כ"ט ע"א

עיין סימן רל"ט תשובת אחיו של הרב המחבר ע"ע נז' — רכ"ז ע"א

סי' כ"ב תשו' חכם א' על ר' שנתערב לגוי בעד שמע' שהוא פטור מן הערבות מטעם שיכול לומר קי"ל כמ"ד דערב דגוי לא משתעבד — ק"ח ע"א

סי' כ"ג תשובת הר' המח' ע"ע הנז' ומסיק דאם הוא ערב שבשטר שכתוב בו שהוא ערב קבלן בו' כ"ע מודו דמשתעב' וכן אם יש שבועה אפילו ערב גרידא לא מצי למימר קי"ל כיון שכל הפוסקים חלוקים על הר"אש בזה — ק"ב ע"א

הי' חזקת קרקעות

סי' פ"א ר' שנתן מתנה ליהודה בשטר חלק חצרו שהיה לו עם אחיו ודר ר' בחצר הנז' אחר המתנה יותר מג' שנים ומת אם המתנה היא מתנה דלאחר מיתה במעכשיו זכה יהודה במתנה ואם היא מתנה חלוטה במעכשיו לא זכה ואם הוציא יהודה שטר הטבה שהטיב עמו שיאכל הפירות ר' כל ימי חייו אין החזקה חזקה וזכה יהודה — כ"ו ע"ב

סי' כ"ד ר' שהשכיר ביתו לש' וש' השאיל ביתו ללוי אח ר' והביא שמעון ללוי אתנו בביתו ולימים פנה שמעון מהבית הנז' ונשארו בתי ר' בידי לוי אחיו שנים רבות ומעולם לא תבע ממנו שכירות וא"ז חלה ר' ונתן הבתים במתנה ללוי ואח"ך עברו כמה שנים ורצה ראובן למכור הבתים וכופר שלא נתן ללוי כלום ולוי טוען שכבר נתנם לו במתנה ואין עדים בדבר וזכה לוי בבתים מכח חזקה — ק"ג ב'

סי' כ"ה תשובת הר' המחבר ע"ע הנז' — ק"ה ע"ב

סי' כ"ו אחים שירשו חצר א' מאביהם וחלקו הבתים ביניהם ואח"ך נהרג א' מהם וכדי לנקום דמו אמר א' להאחים שיוציא הוצאות לנקום דם אחיהם השפוך על חלק הבית שלו וכן עשה ומהיום ההוא והלאה החזיק רא' א' מן האחים בחלק אחיו הנהרג יותר משני חזקה בעד מה שפזר לנקום דם אחיו וא"ז רב קם א' מן האחים ומערער על חלקו באומרו שהוא לא נתן רשות לזה ואם הוא פזר ישלם מכיסו והמחזיק אומר לא כי אלא שהוא ג"כ הרשהו • העולה שאם אין עדים שנשארו שותפים אחרי מות אביהם לא שנא חלוקים בעיסתם ל"ש אינם חלוקים ל"ש יש בה דין חלוקה ל"ש אין בה נאמן המחזיק ע"כ מה שהוציא שברשות הוציא וקם לו הבית מחלק ההרוג עליו אחר שישבע שכך הרשה אותו ואם יש עדים שנשארו משותפים אחר מות אביהם אם יש בבתים דין חלוקה לכ"ע עלתה לו חזקתו אם הוא חלוק בעיסתו ואם אינו חלוק בעיסתו או שאין בו דין חלוקה אף על פי שהוא חלוק בעיסתו ואוקי ארעא בחזקה מי שאומר שלא התנה — דף ק"ט ב'

הי' נזקי שכנים

סי' צ' א' מבני החצר שעשה יורה בחצר השותפי' להוציא שכר וחבירו מעכב עליו מפני שמזיק לו העשן וגם מפני שמרבה עליו את הדרך ובעל היורה טוען שזה לו ימים ושנים שהחזיק בזה ולא מיחה בו הדין עם המערער וחייב בעל היורה להוציאו משם — ק' ע"ב

סי' צ"ז תשובת לבן הר' המח' ע"ע נז' שהדין עם המערער והביא מחלוקת הפוסקים בזה אי בעינן בחזקה ג' שנים א"ל — קי"א ע"א

סי' צ"ח תשובת הר"המ על פסק בנו הנז' ומקים לדברין שרובא דרבוותא סוברי' דהוי נזקין בעינן ג' שנים וכוותייהו נקטי' — שם ע"ב

סי' קי"ד ראובן שהחזיק בצנור שהיה מקלח לחצר שמעון ונמלך ר' והסיר את הצנור ממקום זה והפכו לצד אחר ולימים עוד רצה ר' להחזיר הצנור למקומו הא' וש' מעכב עליו בטענה שכבר מחל שעבודו • העולה שאפילו אם לא סי' הצנור עצמו אלא שסתם מקורו איבד זכותו — קל"ד ע"א

הי' שותפים בקרקע

סי' צ"א כותל המשותף בין ר' וש' ובא א' מהבעלי' להגביה יותר וחבירו מעכב עליו דינא הוא דאם בא לבנות בחצי רוחב הכותל שלו רואין ע"פ בקיאין אם אינו כמשך נזק בהרחבה זו אינו יכול לעכב עליו ואם בא לבנות על רוחב כל הכותל בזה נסתפ' הר' ולא הכריע ועי' סי' צ"ט ק' — דק"ח ע"א

סי' צ"ט תשובה לבן הרב המחבר ע"ע של מעלה • — קי"ב ע"ב

סי' ק' תשובת הרב המחבר מסכים עם מ"ש בנו ידידו — קי"ג ע"ב

סי' ק"א גם זה סובב הולך ע"ע הנז' דיכול לבנות על חלק חבירו ולית דימחיה בידיה מן הדין כ"ש אם יש מנהג שיכול להגביה — קי"ד ע"ב

(ידיעה למעיין שט"ס נפל בהדפסה בסימנים שבמקום סימן ק' כתבו ק"א ובמקום ק"א כתבו ק"ב וסי' ק"ג נכתב שני פעמים)

סי' ק"ל ר' שיש לו חצר א' מונח בין שני מבואות א' לצד מזרחו של חצר וא' לצד מערבו ופתח חצר ר' פונה לצד המבוי שהוא במזרחו ולצד מערב הוא סתום ורוצה עתה לפתוח פתח מחדש לצד מערב ובני המבוי שבצד מזרח מוחים בידו דינא הוא דיכולים בני המבוי לעכב עליו וכ"ש בני המבוי שבצד מערב ג"כ יכולים למחות בו אפי' שלא ימחו בני המבוי שבצד מזרח — קי"ז ע"ב

סי' קי"ב ר' וש' ולוי אחים ירשו בית אולי' וחלקו' וכו' הבית ותבניתה דירה א' עליונה וב' דירות קטנות

קטנות תחתיה ואח"כ מתו ד' ולוי והניחו יתרם לבניהם ולעת כואת יורשי ד' הם רבים ודרים בדירה עליונה לסיבה שהדירות התחתונות לא יכלו לשבת אותם ויורשי לוי טוענים שרוצים להטיל גורל ביניהם מי יעלה בתחילה לדירה עליונה ויורשי ראובן וד' דודם טוענים שלהיות הבית אולד"י ואקו"ף אין לזרים רשות בו ואם ירשו יורשי לוי יבואו וידורו עמהם בבית שלא המגיע להם • העלה דהדין עם יורשי לוי ואסירשו יורשי לוי להשכיר הבי' לאחר יכולי' יורשי ראובן לומר אנו קודמין ואין יורשי לוי יכולין להטיל עליהם שכיר' אלא לפי ראות עיני ב"ד ק"ל ע"א

סי' קי"ג תשו' רבו של הר"המ ז"ל ע"ע הנו' קל"ב ג

סי' קי"ד שייך לכאן ונכתבה בה' נזקי שכנים ע"ש •

סי' קי"ו באור לשון הב"י ח"מ סי' קע"ט קמ"ב ב

סי' קי"ט ג"ז סובב הולך ע"ע הנו' בסי' קי"א קמ"ו ג'

ה' מצרנות

סי' קט"ו נושא ונותן בשמועה דדינא דב"ת ע"י אחר מהח' השלמים שבשאלוניקי יע"א ות"ש ע"ד הטור וב"י סימן קע"ה קל"ה ע"א ואילך

סי' קי"ו תשו' מהחכם השלם הנו' להר"המ ע"ע הנז' קל"ח ע"א

סי' קי"ח תשו' הר"המ להח' הנו' ע"ע הנו' קמ"ב ג

סי' ק"כ תשובה למהר"א לפאפא על ר' שהיה רוצה לקנות מולקי א' מהגוי שהיה לוי מחזיק בו והלך ר' ואמר ללוי שהוא חפץ לקנותו ומה לבו חפץ בזה והשיב לו לוי מירקה קולא"י שיר"ה ושוב הלך לו ואמר כי הוא רוצה לקנות המולקי לא איבד זכותו בשביל דברים הראשונים כל שלא קנו מיניה וגם לא אמרינן דזבן מגוי לית ביה דינא דב"ת אלא בבא לזכות מטעם חזקה אבל בא לזכות מטעם דהוא היה מחזיק לא מהני טענת אריא אברחית לך קמ"ו ע"ג

סי' קכ"א עוד להח' הנו' ע"ע של מעלה שאסהעגין היה שקהל א' היו רוצים לקנות החצר וקראו אנשי המעמד ללוי והשיב להם אם יחיד היה רוצה לקנות לא היה מתרצה עכשיו שהקהל רוצים לקנות קולא"י סי"רה וטוענים הקהל דאין צריך קנין דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט העלה דאפי' הכי לשון זה אינו מורה סילוק זכות ולא איבד זכותו כיון דלא קנו מיניה ויכול לחזור בו דלא אמרינן אמירה לגבוה כו' אלא במאמר הגליטי שם ע"ד

סי' קכ"ב תשו' הרב המחבר ע"ע הנו' קמ"ח ע"א

סי' קכ"ג תשו' מהר"א לפאפא חוזר ונהו"ר ע"ד הרב המחבר קמ"ט ע"א

סי' קכ"ד תשובת הרב המחבר למהר"א לפפא ונוטה דעתו לזכות לקהל ק"ן ע"ב

סי' קכ"ה מה שהשיב עוד מוהר"א לאפאפא להרב המחבר עוד ע"ע הנו' קנ"ג ע"א

סי' קכ"ו ר' פקיד ונזבר של הקדש שרצה לקנות אוג'ארה אחת משמעון להקדש ולוי שוכר האוג'ארה פרטר שהוא קודם להיותו שוכר בה העלה הקדש שקנה לית ביה דינא דב"ת שם ע"ב

סי' קכ"ז שוכר או משכן או בעל חזקה הבא לסלק מן ההקדש והחלוקים בזה כפי לשון ההסכמה קל"ד ע"ב

ה' מסים

סי' ק"ה מעיר שאלוניקי יע"א יצאו אנשים רבים מהם יצאו בשנת הש"ם ומהם בשנת הש"ע ומהם בשנת הש"פ ובאו לקושטא ונתיישבו שם ופורעים שם המס ובאו מורשי שאלוניקי ותובעים לאנשים שיצאו משם שמעת צאתם היתה העיר ממושכנת והיו עליהם חובות הרבה והם משיבים שבעת צאתם רובם היו שלא הגיעו לעונת הכשפות ולא חלה עליהם פריעת מסים והעונים היו עניים שלא היו פורעים שום מס ועוד טוענים שבשנ' הש"ד עשו הסכמה שכל מי שירצה לצאת מן העיר קודם הפסח הרשות נתונה בידו ופטור מכלום וא"כ אין לך מחילה גדולה מזו • העלה דאינם חייבים לשאת עול שאלוניקי יע"א קי"ט ע"ב

עוד בא בתשו' חקירה על אותם שהגיעו לעונת פריעת המסים והיה להם ממון שירשו מאביהם אם חייבים לפרוע או לא שם

סי' ק"ו ג"ז סובב הולך ע"ע הנו' קכ"ד ע"ב

סי' ק"ז ראובן שקנה בתים ולא נשאר לו קרן כמו בתחי' ורוצים הקהל שיפרע המס שהיה פורע מתחלה' כמס העשארי"ז חוץ ממה שפורע בעד הבתים שלקח וראובן טוען כיון שפורע על הבתים שלקח אינו חייב לפרוע לקהל בב' מקומות העלה דהדין עם ראובן זולת שאם מה שפורע בכ' השאצ"ים הוא פחות ממה שנוגע לו לפרוע בשביל האחרות שהקהל חייב לפרוע היתרון לקהל קכ"ז ע"ב

עיין סימן רמ"א חתימת מאחיו של הר"המ ע"ע הנו' רל"ז ד

סי' ק"ח ראובן תושב תירייא שעקר דירתו ללכת לאיזמיר ועשו עמו הקהל הס' מכל מה לאות שהיו עד אותה שעה ופרע להם כל מה שחייב עד אותה שעה ויצא מן העיר אחר קצת ימים רוצים ק"ק תירייא שיפרע עמהם הכאראג ופטרו הרב מהר"י אישקאפה מחמת הדין והר' עזריה יהושע פטרו מכח המנהג והרב המחבר פסק שחייב לשלם בין מצד הדין בין מצד המנהג קכ"ח ע"ג

סי' ק"ט ראובן קנה בתים מש' ועשה שטר הטבה למוכר שאחר שש שנים כל זמן שיביא לו מעותיו יחזור לו הקרקע ועשו ערכה בעיר והסכימו שיערכו הקרקעות חצי שוויים וכך שמו לר' אותם בתים שקנה משמעון ולסוף ג' שנים עשו ערכה א' ושמו לו אותם הבתים בכל דמי המקח כאומרם מולקיי לאוד והטבה לאוד וראובן טוען טענות ליפטר כאשר כתוב בפנים העלה

דהדין

דהדין עם ל' שאין להעריך הבתים כי אם בהפי שיווי המולקיי אף שנעשה ערכה סמוך לזמן ההטבה קכ"ט א'

סי' ק"י ראובן שנתחייב בעיר א' ואחיו לוי בעיר אחרת ונשתתפו גם ב' ואופן שותפות הוא שלוי שולח מעות לר' וש' מלבישם בסחורות ושולחם ללוי למוכרם שם ובני עיר לוי תובעים מס מחלק ר' באומרם שמעותיו מרויחים בעירם ולוי טוען שכבר אחיו פורע בעירו בעד ממונו • העלה דהדין עם לוי שם ע"ד

סי' קי"א ראובן שהיה לו חצר עם בתים עליות ותחתיות והעליות השכיר אותם לשמעון וא' מהתחתיו' השכיר אותה ללוי ובתוך זמן השכירות אירע מקרה בלתי טהור שנפל גוי אחד בבור אשר בבית הב' מבתי התחתיות שהיא אצל הבית המושכרת ללוי ויודע הדבר לשר העיר ותובע סך ממון בעד נפש הגוי אם לא היה המשכיר דר בחצר שלו כי אם בחצר א' אין לו חיוב של כלום ואם דרך האומות לתפוש מן הבית הסמוכה שקרה מקרה ולא מהבית דעל גבה חייב להם לשלם הכל ושמעון פטור ואם בהפך שמ' יפרע הכל ולוי פטור ואם שב' יפרעו בין ב' ואם המשכיר דר באותו חצר אם מנהג האומות לתפוש מהדרים בחצר ומן המנהג שלהם היה נתפס המשכיר ג"כ ולא מפני שהוא משכיר אלא מפני שהוא דר שם יפרעו בין שלשתן ק"ל ע"א

ה' שותפים

סי' ך ר' ושמעון ולוי שותפים לזמן קלות במלאכת הסרסרות ולראובן פתח סוחרים ולא היו הסוחרי' הנז' מאמינים לשום אדם זולתי בעבור ר' כנ' כנודע מקדם לשמעון ולוי ועשה ראובן סחורות הרבה והיה נכנס ערב בעד הלוקחים כדי לעשות ריוח בסרסרות כנודע לשותפים ובכללם נעשה ערב בעד סוחר גוי אחד שהיה בחזקת בטוח והם שלחו לו ליכנס ערב פעם אחת לגוי כנ' בעד סך גדול ועתה נשבר הגוי הנז' ואבד ר' בעדו קרוב לאלף מק"ק גרוש' ושאל ראובן מהשותפים חלקם בהפסד הנז' באומרו כי הוא עשה זה ליכנס בערבות הנז' כדי ליקח קרוב לאלף ומק"ק גרוש' מסרסרות ומתנות מהערל וקרוב לת"ק גרוש' מהסוחרים העלה דחייבים השותפים ליתן חלקם ל"ז ע"ד

סי' קכ"ח ר"ש שנשתתפו בעסק הסרסרות בבית סוחרים פ' במשאם ובמתנם ובכל מין סרסרות שיזמין להם הש"ית וראובן היה לו פ'אטוריאש מקודם ותובע שמעון מראובן חלק בפ'אטוריאש העלה דאינו חייב ראובן לתת לשמעון חלק בפ'אטוריאש ע' ס' קכ"ט קכ"ד ע"ד

סי' קכ"ט המשתתף עם חבירו ובתוך זמן זה באו לו פ'אטוריאש אינו חייב לחלוק עם חבירו הפ'אטוריאש קכ"ה ע"ד

סי' ק"ל ר"ש שותפים ובעודם שותפים שלח ראובן תוגאר אחד לשמעון וחילה פניו שילבש מעותיו של הגוי בהלבשה קרובה לריוח שלא ירויח עמו כלום ואח"כ במה שירויח עם הגוי חלק כחלק יאכלו ובתוך זה הזמן נתפרדו איש מעל אחיו והלך ראובן עם הגוי לויניצייא באותה הלבשה והרויח ותובע שמעון שיתן ר' חצי הריוח כמ"ש בכותבו וראובן טוען כיון שלא קנו מידו אינו חייב ליתן לו כלום העלה דהדין עם שמעון קכ"ו ע"א

סי' קל"א השאלה היא ארוכה מאד ומהות הענ' הוא על שמעון ולוי תושבי עיר דמשק שהיו שותפים עם ראובן תושב ארם צובה וראובן שם לקרן קיים סך מק"ק גרוש' ושמעון ולוי שמו ת"ת גרוש' והוברר ביניהם שאם ילטרכו עוד למעות שיוסיפו על ערך זה ושמעון ולוי היו קונים סחורות ושולחים לראובן שימכרם בעירו ויהי היום שהולרכו למעות לקחו מעות בריבית מגוי אחד וקנו בהם סחורות ושלחו אותם לראובן ונשאו ונתנו השותפי' הנז' עד מלאת שנה א' שהוא הזמן הקלוב ביניהם ואח"כ הלך לוי לעיר ראובן לברר חשבונן ולוי בערמה ומר' היה מרחק לראובן שישלח מעות לשמעון כי הוא בדוחק גדול וראובן בתום לבבו היה שולח לו כל מה שהיה גובה מב"א בין משלו בין מן השותפות ושוב נתגלה לו שכ"ז הוא ערמה שרולים ליקח הם השופרי שופרי ולהניח לראובן שאר החובו' הגרופו' וע"ז עמד ראובן ועיכב לעלמו שאר נכסי השותפות והלך הוא וקנה סחורות לו לשמו ושלח אותם ביד יהודה שימכרם בעדו וכראות שמעון ולוי כן נתרעמו עם ראובן למה לא שלח להם הסחורות והם היו מוכרים אותם בעדו ובשמו וראובן האמין להם והעביר הסחורות לידם ואז בבואם לידם עיכבו אותם בערמו' ות' ור' לווח מה זה ושלח כתב להזהיר' שאם יעכבו אותם דעליה דידהו רמייא בסך מה כיון שהסרנ' הנז' עולה ויורד וע"ז נתרבה עליהם קטטות וט' וה' בספר השות' והיינו דראובן טוען הנזק שאירע לו מחמת העיכוב וגם שאינו רוצה לפרוע הריבית שלקחו מן הגוי כיון שהגוי אינו מכיר לו ואם עשו אותו כדינו עכ"ז אינו חייב אלא חלק אחד מה' כפי התנאי שביניהם ועוד טוען על הסחורו' שהיו שולחים לו שהיו ביוקר יותר משיוויים עוד טו' שהוא רוצה ליקח הכי למאה כיון שהוא היה קאש'ה ודרך השות' כן ובא בתשו' דהדין עם ראובן בכל מה ששאל קנ"ח ע"ג

סי' קל"ב ע"ע ג' שותפים שמת אחד מהם אם נתפרדה החבילה גם לגבי הב' הנשארים קמ"א ב"ג

הלכות שלוחים

סי' קל"ג ראובן שהיה חייב לו גוי אחד סך מה והגוי הנז' מסר בידו כ"כ באלאש מנייר וכ"כ זולוטאש שהיו יולאות ע"י הדחק ובא שמעון סרסור הגוי הנז' וא' לראובן תן לי הזולוטאש ואני אוליאם ונתנם לו וכשבא ראובן להתחשב עם הגוי אמר לש' הנז' אל תכנים בחש' כי אם כ"ד סך פ' כי אינו זוכר הגוי כל מה שנתן וכן עשה ר' ואח"כ תבע ר' מש' הזולוטאש או חילופיהן ומיאן ש' בזה בטענה שהוא הטעה את הגוי והשיב ר' כי לא מן השם הוא זה מאחר שהגוי האמין לו ומסר המעות בידו וא"כ ממנו ידרש' בכל עת ועונה ועוד טענות העלה דזכה ר' בכל הטעות וכ"כ חד מן בני עליה והסכים עם הרב המח' קמב ע"ג

סי' קל"ד תשו' לח' א' ע"ע ר' שעשה שליח לשמעון לקבל מעות מיד הגוי שהיה חייב לו והלך ש' והחזירם לר' ואח"כ כפגר הגוי והלך שמעון אלל יורש הגוי ונפרע ממנו פעם ב' והעלה דהכל לשליח קמ"ו ע"א

סי' קל"ה ש"וט על לשון הטור ח"מ סי' קפ"ב ס"ב קמ"ו ע"ג

סי' קל"ו ר"ש ולוי אחים שותפים שלחו לראובן בעיר אחר ...

אחר להשתחר שם והתנו ביניהם שכל מה שיעשה
מעניין הסחורה יהיה רצוי ומקובל עליהם והלך יאודה תושב
עירם במקום שר' משתחר שם כדי לפתות לר' שיקנה ממנו
קרקע א' שהיה לו ור' הנז' קנאו הקרקע הנז' וכתבו ע״ש
שלום' והן עתה בכא ר' אכל אחיו א״ל מי שמך לאיש
לקנות קרקע בלתי רשותינו ומ״ג שיש אונאה כמו ש' למאה
ויאודה המוכר הנז' תובע מר' דמי הקרקע ור' משיב אני
חשבתי שאחי היו תרוצים כדבר ועוד טוען ר' שאפילו אם
אתחייב לא יהא אלא על השליש הנוג' לחלקי ועוד דבקרקע
זה יש תונאה אחד שהוא בעל המכר והתחיל לדבר קשות
והן בעלי עלילות ואין לך מוס גדול מזה והעלה דאם אין
שבועה יכול הקונה לחזור בו קמ״ו ע״ב
סי' קל״ו ביאור דברי התוס' קמא דק״נ ע״ב ד״ה שאני
ק״ע ע״ג

ה, מחילה

סי' מ״ר ראובן בחיים חיותו מסר ביד שמעון חתנו
לכנו סך מה בעקדון ונם היה דר גבית חמיו
שנים רבות ולא תבע שכי' ושמעון הנז' היה נושא ונותן
בעסק חמיו ומעולם לא שאל ממנו פ׳אטוריאש כנהוג
שאומרו הוא נותן לי השכי' ואני הפ׳אטוריאש ואחר כך מת
ראובן הנז' וחל״ש ובן ראובן תבע משמעון גיסו ירושת
אביו והשיב לו ולקח מידו מחילה כוללת ועתה תובע בן ר'
משמעון הנז' שכירות הבית שדר בחיי אביו ושמעון טוען
שראובן אביו חייב לו הפ׳אטוריאש ובשבילם היה מוחל
לו השכירות ומ״ג דאח״כ מחל לו בן ראובן ושטר המחילה
בטרפה ועד אחד מעיד מעניין המחילה העלה דהדין
עם שמעון ופטור ל״ד ע״ד
סי' מ״ה תשו' מהרב מהר״ר אגוזי ע״ע הנז' שר
המסכים ע״ר הרב המחבר ל״ה ע״ד

תלמוד

כתובות דל״א ע״ב על עובדא דקטינא ד' ע״א
שם ההוא גברא דהוו תפקי ביה אלפא זוזי
פ״ה ע״א
קידושין דכ״ו לא שנו אלא בשטר מתנה קמ״ו ע״ג
קמא דק״ב הקונה שיה בשם ר״ג כו' מכלל כ״א ע״ג
קמ״ט ע״א וע״ב
מציעא פ' הריבית אל תקח מאתו נשך ותרבית אבל אתה
נעשה לו ערב ק״א וק״ב
בתרא פ״ק ההוא דמי כלילא דשטרו אטבריא כו' פם כובס
קכ״א ע״ג וע״ד
שם די״א ע״ב בעא מיניה ר״ה מר״א אחד מבני המבוי
קי״ז ע״ג
שם ד״ג ע״א מעירין זע״ו כו' מי שמתלק י״ד ד' ע״ו
ע״א ע״ו ע״ב וע״ג
פ' ג״פ דקמ״ט ע״ב ההיא אתתא דיהבא זוזי להההוא גברא
למזבן ליה ארעא ד' ע״א
סנהדרין ל״א ע״א פ' זה בורר ההיא אתתא דנפיק שטרא
מתותי ידה כו' והימנה ר״ן במיגו דאי בעי קלתיה כו'
ע״ג ע״א
שם די ל״ד ע״א ההוא שמייא ד' ע״ב
רש״י כתובות דנ״א ע״ב ד״ה דבדבר שיש לו קצבה
קס״ד ג' ד'
רשב״ם בתרא פ' ח״ה גבי ההוא עובדא דרבא בר שרשום
ק ט ע א
תוספות כתובות פ״ר ד״ה אימור אחולי כו' לתנאי

קמ״ח ע״א
וע״ב קמ״ט ע״א וע״ב ק״ן ע״ג וע״ד
שם דנ״ח ע״ב ד״ה כאן שנה ל קמ״ר ע״א וע״ב
שם ר״ה א״ר כפא קמ״ג ע״ב קמ״ד ע״ד
קמא דק״נ ע״ב ד״ה שאני חיטים ק״ע ע״ג
בתרא דמ״ג ע״א ד״ה וליחלקו ט״ו ע״א ט״ו כ' ג'
שם דמ״ב ע״ב ד״ה איתמר ט״א ע״א
סנהדרין דל״ד ע״ב ד״ה פתמה ד' ע״ב כ' ע״א
שבועות פרק כל הנשבעין ד״ה השתא דלא איתמר לא כמר
ולא כמר קט״ו ע״א

הרא״ש בפסקיו

יבמות פרק מצות חליצה דההיא דהלך להביא דורמסקין
א״ל אלא שכרו ע״ז ע״ד
כתובות פרק ב' דייני גזרות לט' דטעבינן ליתמי מילתא דלא
שכיח ז״ן ע״ב
גיטין פרק מי שאחזו ט״ע היכא דלא ככליה לתנאיה התנאי
בטל והמעשה קיים ז' ע״ג
מציעא פרק א״נ ואם היה אומן לא יעסוק כאום' ולא הביא
מיום התום' קנ״ו ע״ב
בתרא פ״ק דמ״ל דאם א' טול אתה שיעור ואני פחות כו'
וכ״כ ר״ח קל״א ע״א
שם פרק ג״פ משמע שאמר למוכר שהיה קונה לאשה פ'
ד' ע״ד
שבועות פרק שבועת הדיינין יותר ברצון כורע חוב שבשטר
כ״א ע״ב וע״ג
שם מ״ש ע״ד הרמב״ן שהק' ע״ד ר״י הלוי כ״ך ע״ג וד'
פרק המקבל מ״ש בשם ר״ת דס״ל כהרמב״ס קמ״ב ע״א

הגהות אשירי

מציעא פ״הלוקח מן האשה יש בה דינא דב״מ קמ״ד ע״ד
בתרא פ״ק מ״ש משם ר״ת דאם הטיל מס קכ״א ד קכ״ב א
סנהדרין פ״ק ג' שישבו לדין וסילק הא' את עצמו ח' ע״ב

הי״ט מסכת אבות פ״ק ת' יו״ד ויש שכי' שהם עלמס
גריס וזה טעות ג' ע״א וע״ב
תוספתא מציעא פרק א״נ המושיב לחבירו
בחנות למחצית שכר קנ״ה ע״ד
סנהדרין פרק ז״ב יפה כח האומר וכאי ח' ע״א
שם פ״ד אין מעמידין מלך אלא כו' כ' ע״א
הרז״ה סנהדרין פרק ד״ת ת״א ע״ד הרי״ף דאין
טעמו של דבר משום דלא מקשינן ריבים
לנגעים ג' ע״ד
הר״ן כתובות פ״ב גבי מאי דאיבעייא אמנה דבשטר
קא מסהדי קנ״ב ע״א וע״ב
פרק הכותב על עובדא דאבימי מהא שמעינן שמי שנושא
בחבירו ב' חובות י״ט ע״א וע״ב ד' ך' ע״א
פרק מי שהיה נשוי על ההיא עובדא דתרי אפדני פ״ה ע״ב
שבועות פרק שבועת הדיינין דכי אמרינן איתרע שטרא כו'
י״ט ע״ג
פרק כל הנשבעין דלא אמרינן מגו לאכחושי את העד כ״ג ג'

נמק״י מציעא פ״ק מדאצטריך למימר דהא המניח
השתא הלים נאמן בלא מיגו ע״ג ע״ב
שם פרק המקבל אם מכרה למי שהו' ממושכן אין המכרן כו'
קל״ה ע״ד
כ״פ

ב"פ דאפילו מיד א' שקדם אין יכולין לסלקם כו' ולא הזכיר
דעת ריב"ר קמ"א ע"ד קמ"ג ע"ד קמ"ו ע"א
בתרא פ"ק על מתני' דהיכא דלא עיכב א' מהשותף על הבירו
קי"ג ע"ד

מרדכי

כתובות פרק נערה על אלמנה שמת חמיה
קודם בעלה ע"ב ע"ב
בתרא פ"ק ומכאן אומר ר"ת אם הטיל מס או מתנה כו'
קכ"ה ע"ד קנ"ב ע"א
פרק לא יחפור וכתב ר"ת כי מנהגא תורה היא וי"ל ע"מ
שימחוכו קי"ט ע"ג
פרק ח"ה וי"ל שהוא ירא לשקר בדבר שהעל מכחיש כו'
כ"ג ע"ד
פרק המוכר פירות הביאו הב"י ס' קע"ה ס' ח"י אם יש
לא' חלק בחצר ק"ל ע"ג וע"ד
פרק מי שמת דבזמן הזה מלוה ע"פ גובה מן היורשים כו'
ל"ח ע"ד
הביאו הב"י סי' קנ"ד על שותפים שבבית והא' מרשה את
הרבים קל"א ע"א וע"ב קל"ב ע"ד

הגהות מורדכי

מציעא ס' פ"ק וא"ת ונימא
מיגו דאי בעי קלתיה ע"ג ע"ג
בתרא פ"ק על מס המוטל עליהיאודים שבני קאנדייא קכ"ב
ע"ד
ב"פ כך היו דנין ר"י ור"ת שם ע"א
סוף שבועות הביאו הב"י ח"מ סי' ר"ח מי שנשבע או קיבל
בחרם שלא למכור ועבר אין במעשיו כלום ט' ע"ג וע"ד

הרמבם ומפרשיו

ח"ב ה' אישות פ' י"ז כתובת אשה אם ניגבית מן הראוי א"ל
ע"א ע"א
ח"ג ה' ערכין פ"ו הכ"ח המקדיש מעשה ידי אשתו קנ"ח א'
ח"ד ה' זכיה פ"ה הנותן מתנה בין בריא בין חולה פ"ז ע"א
ה' מכירה פ"ט ובכל תנאי ממון אומדין דעת המתנה
כ"ז ע"א
פרק ח"י ראובן שהיה חייב לשמעון מק"ק זוז והיו לו ב'
שדות פ"ה ע"ג
ה' שכנים פ"ה ה' מי שביקש לפתוח פתח במבוי קי"ח ע"א
פי"ב ה"יב שכירות אין בו דינא דב"מ קל"ב ע"א וע"ב
קמ"ה ע"ב
ה' שלוחין ושות' פ"ו ה"ז ואם היה שותף עמו בחצר כו'
קנ"ו ע"ב
ב"פ ה' לפיכך שט"ע היוצא על היתומים ז"ן ע"ג
ה' מלוה ולוה פכ"א לא ביאר דעתו בדין ב"ח ע"א ע"א
ה' סנהדרין פ"ב ה"ט וכן אם היה סומא ג' ע"ד ד' ע"א
פ"ג ה"ג אין מתחילין את הדינין בלילה שם
פ"ו ה' בד"א בשאמר כו' אבל אם אמר לב"ד הגדול כופין את
הלוה פ"ר ע"א
פ"ח ה"ב בנים אומרים זכאי א' ע"ב

הרב המגיד

ה' שכנים פ"ד ה' והקשה הרשב"א
למה לא יכוף בעל העליה כו'
מ"ו ע"ד
ה' שכנים פ"ה מי שביקש כו' כך מתבאר מן הסוגייא
קי"ח ע"ב
פי"ב הי"ב אבל צ"ל ק"ו תמשכונא קל"ג ע"ג
ה' שכירות פ"א ה' אסילו עשאן לעשמן שהם גדולים ודאויים
שם ע"ב
ה' מ"ו פ"א ה' ואין לדין זה ראיה ברורה כו' פ"ד ע"א

פ' כ"ו ה' מ"ש בשם הרשב"א שם הוא הפך מ"ש
הרשב"א גופיה ס"ג ע"א
ה' טוען ונטען פ"א ה' וכן בדין שהרי אף מודה במקצת
ל"ה ע"א וע"ד

כסף משנה

ה' שכנים פ"ד ה"ארבה לחלק בין נפל כותל א' לנפלו שניהם
מ"ו ע"ד
שם פ"ה ה' תמה ע"ד ה"ה למה לא כת'כך מתבא'מהברייתא
קי"ח ע"ב
ה' שותפין פ"ד ה"ב דלא דמי להתם משתעבד גופו קנ"ז ד
קנ"ח ע"א
ה'סנהדרין פ"ד ה"ג והשתא כיון דביום הנחילו את בניו
ה' ע"א

לחם משנה

ה' שכנים פי"ב ה"יב דאיך תלה זה בזה שהרי הרשב"א
קל"ג ד קל"ה ג קל"חג קמ"ג ב
ה' שאלה ופקדון פ"ו דבהדייא כ' רבינו או שאמר כן
היה אבל כו' כ"ג ע"א
ה' סנהדרין פ"ב ה"ט ובעל הגה' כ' דדעת רבינו לפסוק כר"ת
ג' ע"ד ד' ע"א
שם פ"ג ה"ג וא"ת לשתוק קרא מביום הנחילו ה' ע"א
ה'עדות פט"ו ה"ג מ"ש להריב"ה י"ד ד ט"ו ג'ד'

הגהות מיימוני

ה' מכירה פרק י"א כותבין בשטר בד"א אע"פ שלא היה
קנין בבד"א פ"ז ד
סוף ה' מלוה בע'יד בעל השטר על התחתו' ז"ד ע"ב
ה' סנהדרין ס"ב דס"ל לר"ת דרבנן לא מקפי ריבים לנגעים
ג' ד ד' א

גדולי המחברים

בעל התרומות

שער ג' דיכול הלוקח לסלק
לב"ח בדמי מה שהוא טריף
פ"ה ע"ד
שיו"ד לראיה שהביא דעד א' המסייעו אינו פוטרו משבועה
ל"ה א' ב
שם ח"א חזקה אין אדם פורע כו' ע"א ע"ד
שער י"ד אפי' לד'החולקים על הרי"ף ומוברים שאין הכאמ'
מועילזעל הקיו'כו' כ"א ע"ב
שער י"ט דפסק כרי"ה ובשער ס"ו דחה דבריו כ"ך א"ב
הביאו הטור ח"מ סי'קמ"ו שהלוקח ישבע השת י"ב ע"א
שער מ"ג מ"ש בש' הרמב"ן כשם שכתובה אינה ניגבית מן
הראוי כו' ע"א ע"א
שער כ"א ח"ט ס"א ע"ע שלא להשביע כ"א ע"ד

גדולי תרומה

ע"ע אדם עשוי שלא להשביע
כ"א ע"ד
דפ"ו דמ"ש הריב"ש כגון כו' אינו אלא להביא דוגמא ג
ז' ע"ג

בעל העיטור

דף ס"ן מ"ש ע"ד הרשב"א קמ"א ע"א
אות מ"ס בדיני מחאה דפ"ו ע"ג
השותפין מחזיקין זה ט"ז ק"ט ע"ג
רבינו

רבינו ירוחם נ"ט ח"א עת"ג נכ"ד ח"ד ע"ע אי
בענין משפטי התנאים באיסורא
וממונא ט' ע"א
נט"ו ח"א בנותן מתנה לחבירו ע"מ שיזון לו קכ"ו ע"ד
שם האידנא שנהגו לכתוב שתמא לא חיישינן שם
נתיב י"ו שער שכתב בו דלא כאשכחתא כ"ו ע"א
נתיב כ"ד ח"ו ש"ה שאמר לא תגלו כותי עד אחר
מתתי פ"ו ע"ג
נתיב כ"ו ח"א ואם לקח במעותיו קנ"ו ע"ב
נתיב ל"א ח"א אם פתח חלון לחצר חבירו ומחל לו בעל
החצר קי"א ע"ג

טור

ח"מ סימן ז' ואפי' בעניים שיש להם קצבה י"ד ע"א
ט"ו ד' ט"ז ע"א
סימן ח"ן ואם אמר הלוה והלא מעות אלו כ"ג ע"א
סימן ע"א מ"ש לענ' נאמנות דגבי יורשים שהוא הפך מ"ש
בא"ה סימן כ"א וק"י ס"ד ע"ד
סימן ע"ה כל טענת ספק אין משביעין עליו קמ"א ע"א
שם טענו ב' שבק כו' ל"ה ע"ד
סימן ע"ט פסק שנתחייב לו י"א ע"ד
סימן פ"ג ואם הלוה מודה בב' ההלואות כו' בע"הת
ד' ע"א
שם שמדברי בע"הת נראה אפילו שטוען פיטראי ניהו
כ"א ע"ב
סימן כ"א לא גרע כח המלוה מכח שאר מלרנים
קל"ה ע"א קל"ח ע"ב
סימן ק"ו ובע"הת כתב שאם כתוב בו נאמנות עליו ועל כ"ך
שב"ד בכלל מ"ה ע"ד
שם אפילו אין בו נאמנות והלך למ"ה בתוך הזמן נפרע
שלא בשבועה מ"ו ע"א
סימן ק"ח היכא דמת לוה והיה לו ערב ח"ד ע"ב
שם ואם א' מן היורשים אומר לי לוה ע"ג ע"ד
סימן קי"ד וקע"ו שאם הלוה מוסיף יותר מהלוקח אין הלוקח
יכול לסלקו פ"ה ע"א
סימן קכ"ב מאי דפותבין בהרשאה כל מאי דמתבעי מן
דינא שהוא לתועלת המרשה כ"א ע"ב
סימן קל"א ערב שבא אצל המלוה בזמנו והורה בו שיתבע
חובו מהלוה פ"ט ע"ד
סימן קמ"ט אריס שירד מאריסותו ק"ו ע"א
שם וכתב בע"הע דאחים אינם כשותפין ק"ט ע"ג
סימן קע"ב דהרא"ש חולק עם הרמב"ם שכתב דשכירות
ליומיה כו' קל"ג ד' ואילך
שם וכן כל הני דאמרן לית להו דינא דב"ת כגון לאשה
קל"ד קמ"א ג ד קמ"ו א
סימן קע"ו ס"ב ונראה דה"ה אם כל א' מבך קכ"ו בג
סימן קע"ט דבר הידוע שהוא משל שותפות אין לא הוקה בו
קמ"ז ב א
סי' קפ"ב והרמ"ה כתב כל זמן שלא יברר המשלח ד ב ג
סימן קפ"ג תשו' להר"ס מרוטנבורק קמ"ב ע"ד
סימן קפ"ד ס"ב והר' ישעיה כתב כו' והכי מסתברא לשון
הרמב"ם קמ"ו ע"ג
סימן ר"ו כרין אסמכתא כ"ו ע"א

בית יוסף

ח"מ סימן ז' ורבינו פירש בענין אחר ט"ו ע"ד

סימן ע"ל וכיון שכן לא יענה להם כתב רבינו וכ"כ
הרמב"ם י"א ע"ד
סימן מ"ו דדעת הרמ"ה כדעת בע"הת ל"ה ע"ב
סימן כ"ה מ"ש משם הנמקי דשליש נאמן שלא בשבועה מ"נ ע"ד
סימן ח"ן והרשב"א הביא ראיה מתוספתא לב"ח ד' ע"ד
שם וכתב בע"הת שער י"ט דלדעת ר"י הלוי כ"ד ג ד
שם ודברים פשוטים הם שם ע"ד
סימן ע"א עמ"ש הריב"ש משם בע"הת שאם טוען הלוה שלא
נכתב נאמן ס"ט ע"ד
סימן ע"ה נמשך אחר דברי ה"ה ובוגי' רא"ש ל"ה א ד
סלע"ט מחו' י' מי שהוציא פסק דין י"א ע"ד
סימן פ"ב ולענין הלכה כ"ד ע"ב
סימן פ"ג ואם הלוה מודה כו' ובע"הת כתב כ"א ע"ב
סימן כ"ב ונראה דלפ"ז ה"ה אם מכרה לאחר קל"ה ב
קל"ח ע"ג
שם מ"ש דטפי אית לן למיסמך אהנך רבוותא קל"ה ב
קל"ו ע"ב
שם מחורשין כ"א אבל דעת רבינו דבעל המשכונא קודם
קל"ו ע"א קל"ט ע"א
שם וכדברי ה"ה שכתבתי בסמוך וכ"ד הרא"ש כו' שכן דעת
הרמב"ם קל"ו בג קל"ט ד ק"מ אב קמ"ה א
שם מחו' ל' מעשה בא לידו בבית וחנות תחתיו קל"ו ד
ק"מ ב קמ"ה אב
שם סעי' כ"ב ומשמע שהרא"ש יסכים לדין זה קל"ו ע"ד
ק"מ נ ד
סימן ק"ח מ"ש משם בע"הת שער י"ד כ"ו ע"א
סימן קכ"ח ע"ט המפרנס יתום ויתומה בתוך ביתו כ"ט ד
סימן קכ"ד לת"ש משם הרשב"א דבדבר שיש בו חסרון קרקע
לא מני בידע והכיר בנזקו קל"ד ע"ג
סימן קמ"ב אם בני מבוי יכולים לעכב למי שבא לפתוח
מחדש קי"ו ע"ד
שם וכתב הרי"ף הא דאמרינן דבני מבוי מעכבין ה"מ כו'
קי"ה ע"א
סימן קע"ה דמסתמיות דבריו נראה דאין חולק קל"ב א
שם כ"כ דכן משמע מדברי הרמב"ן קל"ח ע"א קמ"ב ד קמ"ג א
שם ואע"ג דאיכא מאן דפליג לא חיישינן לה • קל"ה אב
קל"ח אב
שם בבדק הבית מ"ש להרא"ש דסותר אדידיה קלו ע"ד
ק"מ ע"ג
שם מ"ש שדעת הרמב"ם כדעת הרמב"ן והרשב"א קל"ה ע"ב
קל"ח ע"ג
שם מחו' מחו' כ"א וכ"כ הר"ן והנמקי דמילתא פסיקתא קתני
קל"ט אב קמ"ג ד
סימן קנ"ו וי"ל דלא דמי עבד כן וכמ"ש רבינו כ"ו מה'
עבדים קנ"ז ע"ד
שם מ"ש ע"ד הרמב"ם וכ"כ הרא"ש גבי ההוא שהלא קמ"ב א
שם ס"ז ולהרמב"ם כ"ל דה"ה לשתתף קנ"ו ע"ב
שם סי"ו וכ"ל דבאינם שותפין אלא כסך זה עסקינן קנ"ז א
שם ס' מ"ב מ"ש משם הרשב"ץ דאינו נותן מה שמרויח
קנ"ח ע"ג
שם מחו' כ"א מ"ש בשם מהר"ם הביאו המרדכי פרק הנוזל
בתרא קכ"ה ע"ב
סימן קע"ט וכ"ל שכ"ל בדאיכא סהדי שלא הלקו הבותפות
קמ"ב ב קמ"ו ג ד
שם הרי בהדייא כו' למה לא דקדק כן מדברי הרא"ב"ד
קמ"ו ע"א
שם ס"ע והני מילי באשה שאין לה בעל כו' וה"ה בלוקח
מאשה קמ"ד ד

סימן קפ"ג מ"ש ע"ד רבינו ירוחם נכ"ב קס"ג א
שם מ"ש מתשו' מיימו' בס' קניין שם
שם שאל רי"מ מר"ת שם ע"א ב
שם מ"ש ועיין בתשו' הרשב"א שכתבתי בסי' זה שם ע"ד
בדק רבינו סימן קפ"ג ולענין הלכה כיון דהרשב"א והרא"ש
כו' הכי נקטינן קס"ה ע"ג
סימן קפ"ד ס"ב וכן פרש"י קס"ז ע"א
סימן רכ"ו מחודש א' ועיין בתשו' הרא"ש ז"ל שאכתוב בסמוך
ק"ע ע"ב

בית חדש

ח"מ סי' ז' דהמרדכי מכשיר סומא שב'
עיניו לדון ד' ע"ב
סי' כ"ג על ענין מגו לאפטורי משבועה קי ו ע"ג

כנה"ג

ח"מ סי' ק"א בהגב"י אות ט"ו כ"א
ע"ב
סי' ק"מ הגב"י אות ב' ק"א ע"ד

בני חיי

ח"מ לסי' ז' אם קבלוהו עליהם גר כשר
לדון ב' ע"ד
שם דר"י נתכוון לדברי התוס' בפ' בא סימן ד' ע"ד
סי' י"ז שדעת מהר"י בי רב כו' כמוהריב"ל י"ג ג ד
סי' מ"ז ע"מ שרכה לפי' בת' הרא"ש דלא אמרינן מיגו דאי
בעי קלתיה ע"ה ג ק"ד ד ק"ו ע"ב
סי' א"ן בענין יורד ברשות ומ"ש לס"ס כ"א א וד
שם מ"ש דהרא"ש חולק עם הר"ן כ' ע"ד
שם דלדע' הרא"ש כאמן לומ' שיטראי ניכהו הייגוכו' ומ"ש ע"ד
כ"א א' ב' ג'
שם מ"ש ע"ד בעל התרו' שם ע"ד
סי' קמ"ו להרמב"ן והרשב"א סו' דמיגו להוציא אמרי' ולא
זכר דגם הר"ן הכי ס"ל י"ט ב' ג'

שולחן ערוך

סי' י"ג ס"ז אם בררו להם עשרה
א' ע"ג
סי' מ"א ע"ע שטר שכתוב שכל המוציאו יכול לגבות בו בלי
הרשאה כ"ט ד'
סי' ע"א ס"ק א"י מת לוה בחיי מלוה כו' א"ן ע"ג
סימן פ"ד ס"ה ע"ד אחד מעיד על שטר שהוא פרוע
ז' ע"ג
סי' ק"א סי"ד זה שאמר' אין אדם מורים שבועה לבניו שם
סי' קע"ה ס"ז"ן המשכן שדהו קל"ה ד' קל"א ד' קמ"ג ג
שם סימן א"ן אם שדה השכוכה למשכונה כמכרת קל"ה ד'

מו"ם

סימן י"ג ס"ז וה"ה אם נתבררו תחילה יותר
א' ע"ג
סי' ק"א ממ"ש הב"י משם בעה"ת ש' י"ד כ"ז א
סימן קכ"ז מיהו על חלקו יכול לבנות מה שירצה קי"ג ג
סי' קפ"ד ס"ב ואם קנה קרקע כו' קמ"ט ג ד
סי' רמ"א ורמ"ט י"ב ד

לבוש

א"ה סי"א גר שנשא ישראלית ב' ע"ב
ח"מ סיקע"ה ס' ס"ב בית וחנות זה ע"ז ושכרן
לכ' קמ"ה ג

סמ"ע

ח"מ סי' א"ן ס"ק י"א דלהרא"ש דס"ל דאפי' הם
מעידים כ"ג ב
סיקנ"ד ס"ק א' נראה דהיינו אפילו דר השותף עמו בבית
קל"ג ע"א
סיקע"ד ס"ק מ"ש ע"ד מרן אמאי כתב האי דינא בשם י"א
קל"א ד
סיקע"ו ס"ק ז"ל שהרי בשעותיו הריוח קכ"ו ב

סיקפ"ג ס"ק ר"א מ"ש על מרן ומור"ס שלא הזכירו דין טעות
המקח קמ"ג ג
סימן קפ"ד א"ק ו' לא יוכל לחזור המוכר קאי קמ"ט ד
סיקפ"ה ס"ק י"ב דמודה הרמב"ם כו' בשליח שאינו נוטל שכר
ד' כ' ג'

תשובת הראשונים

סימן קנ"ז אבל אם
ויתר בעל המכר ללוקח לא בעינן
קנין קמ"א א' קמ"ט ב

הרמב"ן

בתשו' סי' ס' הובא בב"י סימן קפ"ג דר'
האיי פי' כטעמו של רש"י קס"ג ג
שם דכתב שעט' בעה"ע שם
עוד הביאו הטור סי' קמ"ז עד א' בטענת קרקע לאו כלום
כ"ג ד כ"ד א'
בסי' למס' בתרא דבר' דתנו לאכחושי העד אפילו שבועה
הוי מגו דהעזה כ"ג ד'

תשובת

הרשב"א ס' מ"ו בח"ב ע"ע א' מבני מבוי שבא
לפתוח כו' קי"ז ג'
סימן תקכ"א דבכל המקומות הרגילו לומר משביעין אנו
כו' יו"ד ע"א
סימן תרס"ד הביאו הב"י סימן קכ"ו ראובן דר בהושאה
קכ"ז ד' קכ"א א
סימן תשע"ו שלשולם הולכים אחר הפסק דהשתא ק"ד
א' ב' ג'
סימן תתי"א לא לענין מסים כו' ועוד היין עליך ממסים
י"ז ד
סי' תתקע"ט דכשים בשטר זמן הוי כמשכשיו פ"ט ד
סי' אלף ה' היכא שיש נכסים משועבדים בכאן וב"א בריחוק
מקום פ"ג ב
סימן אלף קל"ג הביאה מרן סי' קנ"ג מ"א כל שעבוד כו'
קל"ד ע"א
אלף קכ"ו דקי"ל דעדים לאו אכולא מילתא קא מסהדי אף
בליכא דמסהדי קכ"ב א' ב'
במכוכות על שטר שכמלא נרר בין שיטה לשיטה ל' ע"ב
הובא בב"י א"ה סימן כ"א ע"ע אי יש בכתו' כאמנות מפורש
ס"ו ע"א
עוד בב"י א"מ סימן י"ד ומיהו אילו היה ב"ד יפה סמוך
לעירם פ"ג ג'
סי' ט"ל אי אמרינן יד בעל השטר על התח' היכא דהשטר
מתבטל לגמרי פ"ט ע"ד
סי' מ"ו ע"ע חזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו ל"ג ב'
סימן מ"ט מחודש ט' על שני יוסף בן שמעון קכ"ב א"ב
סימן ט"א שני תשובות דסתרי אהדדי על ענין נאמנות
ל"א ע"ג
סימן ק"מ על ענין חזקה כו' אין משמרין אותו לשבועה
ק"א ד'
סימן קכ"א ס"ב דאפילו בשטר שיש בו קנין קמ"ז ד'
קמ"א א'
הביא דברין הרב כ"מ פ"א מה' סנהדרין שהוא סובר כדעת
הרא"ב"ד א' ע"ג
ישוב תשו' א' הביאה מוהריב"ל כו' ומהר"א ששון סי' פ"ד
וע"ד ס"ט ב'

הריטב"א

הובא בב"י ח"מ סי' קע"ו מחו' מ"ו ר"ש ולוי
שותפים קמ"א ד'

תשובת הרא"ש

כלל ו' סי' יו"ד ר' שהוא בעל
מלאכה לבע קכ"ז ג'
שם

שם סימן י"ג דנראה דמותר למ"ש בכלל י"ג סי' כ' קכ"ד ד'
קכ"ה ע"א
שם סי' ט"ו למ"ש בכלל כ"ו ס"ב ע"ע שטר שכתוב ע"ש בנו
הקטן כ"ט ע"ב
שם סי' ד' מ"ש בביאו' כו' ע"ו ע"ב
כלל מ"ח היכא דלא כפליה לתנאי התנאי בטל והמעשה
קיים ז' ע"ג
ביאור תשובת כלל ח"ן סי' א' ט"ו ע"ב
כלל ס"ד סי' ה' עמ"ש רים כלל ס"ח ע"ג ע"ג
כלל ס"ח סי' ד' ומ"ש בכלל ס"ד ס"ט כ"ח ע"א
כלל כ"ו ס"נ לראיה שהביא משוני' קמא קמ"ט א' א'
כלל כ"ז דאין בשביר' דינא דב"מ קל"ג ד' קל"ו ד' ק"מ ג'
קמ"ה ג'
כלל סי' כ"ד דמי שפטרוהו הקהל ממס שמס אין הפטור אלא
מהמס הא' קכ"ו ע"ד
ביאור ת' הביאה הטור ח"מ סי' ס"ט ס"ק י"ט ע"ע ראובן
שהוציא פסק דין על יורשי שמעון שאביהם חייב לו שבועה
נ"ח ע"ד
ישוב לב' תשובות לשתרן ע"ע אדם עשוי שלא להשביע את
עצמו בכ"י כ"ח ע"ג

תשו' דשייכי לס' קנין סי' א' ראובן שי"ל כו' יכול להוסיף
דינרין ק"ל ע"ג ד

הריב"ש סימן כ"ן שדנים כפי מנהג הגוים י"ב ג
סימן ר"ן הלוקח קרקע וכות' ע"ש אחרים
כ"ח ע"א
סי' ר"ן אלא שעדיין י"ל שאם נהיה צריך בע"ה להוציא
הוצאות ק"ן ע"א
סימן רפ"ט על כותל שבין שני שותפים דיכול להגביה
קי"ג ד
סי' של"ו הוצי' הראשונים דמגו להוציא אמרינן י"ט ב
סי' שפ"ז אם כתוב בו מעכשיו מבטל הא שכיחא כ"ו ע"ד
סי' ת"ן מדקדקים השטר ולא אמרינן נברא לא גמיר כוליה
האי י"ב ג
סימן תפ"ג הבא ליפרע מנכסי יתומים ופוגם שטרו
ז' ע"ד
סימן תק"ו וגם יש טעם אחר בנ"ו דהקדש הרי הוא כמתנה
קנ"ג ג

מוהריק"ו שורש א' דראוי לדון ע"פ אומדנא דמוכח
ו' ע"ד
שו"ב' שר"י מפרים הסכים לדברי ר"י קכ"ב א
שורש ז' אם נזדמן למלוה דרך שם לתקום בית דין היכה
פ"ד ג
שו' כ"א על ראובן שעירך ופסק לתת לו כו' והשאר עשה לו
שטר ס"א ע"ב
שורש ק"ח על ענין ב' שליוו שאוסר עצמו לת"ש כשו' קפ"ג
ל"ו ע"ד
שו' קכ"ג לראיה שהביא מפי' הגוזל קמא קכ"ג ע"ג
ש' קפ"ב דבדיני ממונות בעינן תנאי כפול י"א ע"ב
שם אם כתוב בתחי' להאשת השלום נתקשרו פי' ופי' אין זה
כעולה כררו קכ"ו ב
שם דהרמב"ם מודה דאם היו שותפים מקודם קנ"ז ג

מהר"י ווייל סי' קכ"ג ואם אין עדים בדבר כו' י"ז ע"ב

מהר"ם מלמד ח"א סי' כ"א מ"ש ע"ד הרא"ש בתשו' וה'
מ"ת ח"ז משפט ב' ט"ז ד'

תרומת הדשן סי' שמ"א דנראה דס"ל שהם פטורין

מגנים הבאות כשילאו נרשות קכ"ד ע"ד

תשובת הרא"ם ח"א סי' כ"א כלל ג' שליון מהיר
ל"ז ע"א

הרדב"ז ח"א סימן י"א שאין סילוק מועיל בעדים
ט"ז ג ד
סי' ד"ן דיין שדן בממון המוטל בס' להוציא מיד המוחזק
ע"ו ע"ד
סי' קע"ג דהצבור הוו מוחזקים אפילו בדבר דלאו מסים
ק"ד ע"א
שם כל דין שיש ליחיד עם הצבור חשבי' לצבור מוחזק' וכ"כ
מוהרי"ה סימן כ"ח ט"ז ג ד
בכ"י שתופס כהראב"ד בארץ המערב נגד הרמב"ם קנ"ז ע"ג

מהר"ם אלשקאר סי' ת"ע אחים אם יש להם חזקה
ק"י ע"א

בנימין זאב סימן רמ"ט על עד הקרוב למבוה ורחוק
למתבוה ח"י ב
סימן ת"ט מ"ש דחולקים אפילו השליח מוחזק קמ"ה ג ד

מוהריב"ל ח"א סי' פ' דשבועה הוי כפר"בו קמ"ח ג ב
סי' כ"ה דהשטר לפרש דבריו דלאו אכולה
מילתא מסהדי קנ"ב ב
סימן קל"ו דהרמ"ה חולק וגם על הרמב"ם ק"ס ע"א
סימן קכ"ו ט"ז ע"א
ד"ן מ"ש להרא"ש בהא דאמרינן חזקה אין אדם פורע תוך
זמנו אפי' לגבי יתום קטן ע"ח ע"ב
שם על הבא ליפרע מיתום קטן תוך זמנו שאינו יכול לומר
קי"ל שם ד
בכללי המגו דתיגו להוציא לא אמרינן י"ט ג ד
ח"ב מה שנסתפק אם הרמב"ם מודה שמחייב לזה קנ"ח ע"א
סי' ע"א דמשכונא כו' דר בה ומ"ש עע"ד קל"ח א' ב' קמ"א ב'
שם איברא דלדעת רש"י קל"ז ג' קמ"א ב
שם מ"ש אמאי לא השגיח בדברי הנמקי וכ"כ הק' למוהרש"ך
קל"ז ב' קמ"א ב' קמ"ג ע"ד
והרמב"ם שכתב כו' אי ס"ל כהרשב"א קל"ה ג' קל"ח
ג"ד' קמ"ג ב

מהרד"ך בית י"ט שמ' שנעשה ערב לגוי בעבור ראובן
א' ע"א ב
שם שלא זכה לב"המ אלא מטעם היותו מוחזק קס"ה ד

מוהרשד"ם י"ד סימן ז' חכם אחד שחייבים לו כו'
נ"ח ב
סי' קי"ד שמ"ש בעל הטו' בשם הרא"ש היא כו' ק"ע ע"ב
סי' קמ"ב מטעם א' דיי בעדות הא' הש"י ד' ט"ו א' ט"ז
נ"ד' י"ז ע"א
א"ה סי' ק"ט כאמנו' מפורש לא מהני לגבי יורשי' ס"א ס"ט ב
סי' קי"א כתובה וב"ח ואם גובין מן הראוי ע"א ג
ח"מ ס"ב חכם שעיין בדין א' וכתב פסק אינו יכול להיות
דיין י"ג ג ד
סימן י"א מ"ש אי בעינן שיחזיק בנכסים קמ"ב ב' קמ"ז ב
סימן י"ו רימונים הם כספר תורה ולא מהני סילוק
י"ו ע"א
סי' ז"ד דיש חילו' בין כשרא' נתן המעות וא"ל שיתנם לגוי
קנ"ד ג
סי' כ"א וקי"ב שאם כתוב בשטר שהאמין הלוה כו' אפי' כ"ג ב ג
סי' ש"ו דלא מפקינן ממוכח באומדנות ו' ע"ד
סימן קכ"ג דהרשב"א ס"ל דלא נתבטל השות' מהב' הנשארים
א קמ"א ג

סי' קכ"א דמור"ס כר"ת ס"ל קכ"ב ב
סי' קכ"ב ותכ"ב אם שליש נאמן בלא מיגו ע"ג ד
סי' קכ"ה וקשה למ"ש הוא עצמו סימן קע"ז ק"ס ע"ד
סי' קכ"ז אם מורידין מלוה לנכסי לוה שלא בפניו
סי' רכ"ב פותר עצמו למ"ש סי' ב"ך כ"ט ד
סימן שמ"ו מ"ש מברייתא דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי י"א ד
סימן שס"ד מ"ש ע"ד הרמב"ם ובדין זה הסכימו כל הפוסקי' קס"ב א
סימן ת' להרשב"א מיירי שלא נשתהא בעיר שנים עשר חודש קכ"ט ד

מוהר"י אדרבי

סימן ק"ט על ענין שטר ישן כ"ח ע"א
סי' קכ"ו דלא כתב דשפילוק מהני י"ז ע"א
סי' רס"ו מ"ש דהא דקי"ל פי' הגוזל קמא כו' ק"ע ד
סי' שפ"ג פסק כר"ת ואלו בסי' קי"א פסק כר"י קס"ה ע"ג
סי' ת"ז ע"ע אי שליש נאמן בלא מיגו ע"ג ע"ד
סי' לר"ת בין טעות יוקרא וזולא כו' הוי לבע"הב ומ"ש עע"ד קס"ה א' ב' ג'

משפטי שמואל

סי' ע"ו על שטר שחתום בו הלוה לבד נ"א א
סימן קכ"ה והו"ל יחיד לגבי רבים כו' ולא מהני לומר קי"ל ק"ס ב

מוהרש"ך

ח"א סי' מ"ג דסברת יש מי שחילק היינו כו' קל"ז ע"א
שם מ"ש לכוונת ר"י ברצלוני הביאו הטור סימן קע"ה קמ"א א' ג' ד' קמ"ו ע"א
שם מ"ש שדברי מוהריב"ל עמקו ממנו קל"ה ג' קל"ח ד
שם דהרי הרמב"ם והרשב"א דלאו הא בהא תלייא קל"ה ב קל"ח ג' קמ"ג ב
סימן ב"ן ע"ע היורד ברשות אם יש לו חזקה ק"ג ד' ק"ו ע"ב
סימן כ"א מה שחילק בין כשראובן נתן המעות כו' קס"ד ג קס"ו א
סי' ק' וקכ"ד ואינו יכול לומר קי"ל כהרמ"ה י"ב א' ב
סימן קכ"ד שאין לומר קים לי לאפטורי משבועה קט"ו ע"א
סי' קכ"ה דן והוציא מהשותפים מה שהרויחו בממון עצמם ולראיית התוס' קנ"ה ג' קנ"ו ד
ח"ב סי' קי"ו מ"ש משם מהר"י ן' עזרא דחילק בין היכא שהודיעו למוכר ק"ס ע"א
סי' קי"ח ט"ו ג' ט"ז ע"א
סי' קל"א מי שירד ברשות א' מהשותפים למהני חזקה לגבי השותף הב' ק"ד ע"א
סי' קפ"ט מ"ש לה"ה ע"ע השא ליפרע שלא בפני לוה מ"ב ע"ד
סי' רל"ב אחים אם יש להם חזקה ק"י ע"א
סי' רל"ו עמ"ש להר"שר שלום ס"ב ע"א
ח"ג סימן מ"ג שחייב לפרוע בב' המקומות קכ"ח ע"א

מהראנ"ח

סי' י"ט מ"ש עמ"ש סי' ק"ו קנ"ד ע"א
סי' מ"ד דכל שיש עדים שחזר בו יד המוחזק על העליונה ק"ס ע"א ב
סימן ס"ג שהרבה איפכא י"ל כו' כמו שפירש' הרבנים קל"ז ע"א
סי' קט"ו ע"ע אם בעל חוב גובה מן הראוי או לא ע"א א' ב
סימן קי"ח ומן הטעם כו' זכה הלוקח ואמאי לא ביאר אם ההסכמה נחרם שיחרם להחמיר קמ"ח ע"ד

ח"ב סי' כ"ט וא"ל כיון דמסים שקבלום עליהם ט"ו ע"א ט"ז ע"ג

מהר"ם מטראני

ח"א סי' רפ"ט מ"ש שם ובסימן ר"ץ י"א ע"ד

מהרימ"ט

ח"א סי' נ"ע גביית כתובה מן הראוי ע"ב ג
שם סי' נ"ג על שטר שנמצא גרר נ"ט ע"ג
סי' כ"א אי מהני הלוה לדחות למוציא השטר בטל לאו כשל דברים דידי את כ"ב ב
ח"ב סי' ס"ה היכא דלא נתן כסף כלל אפי' ק"ס לא מהני קס"ז ד' קס"ח ע"א
סימן ס"ו מ"ש לתשובת מוהריב"ל קס"ח ב' ג

משפט צדק

ח"ב סי' ב"ן למ"ש הרי"ף הביאו הב"י סימן קע"ו דשבוי' לכ"ע אינו יכול לזקפן עליו במלוה ק"ס ע"ג ד
סי' כ"ו מ"ש ע"ד ממ"ש בח"א סי' י"ט קס"ב ע"א
סי' כ"ט מה שהכריח מדברי הטור קמ"ו ע"ד
שם וכתב ר"י ברצלוני האחין שאוכלין על שלחן א' ק"ט ע"ד
סימן ע"ד אם טענת שאין הדעת סובלתו מטעינן ליתמי ז"ן ע"ב

מהרח"ש

סי' ז' מה שזיכה למי שתפס אחר שנולד הספק קכ"א ע"ב

מהראד"ב

סימן ה' בן ישראל וגיורת מותר לחליצה א' ע"ד
סי' ע"ו דאפי' היה עני מכל וכל והעשיר פורע כפי השתא ק"ד ע"ב
סימן קכ"ה דף ר"ן מיירי כו' ומ"ש למוהריב"ל קס"ג א' ב קס"ד ד
סימן ק"ן מ"ש על דעת הרא"ש בתשובות כלל כ"ב לכלל כ"ז קת"ה ב
סי' למוקי תשו' הרשב"ץ בנשתתפו במלאכת ידם קכ"ה ב

מורה צדק

סי' נ"ג דבפ' בא סי' משמע דקאי אדיינים ט"ו ע"א
סי' מ"ש בשם מוהרש"ך שכ' על דעת מרן בית יוסף סי' קכ"ה קס"ז ד

מהר"א ששון

סי' ס"ט ואע"פי שלענין הדין שוים בטע' מהחולקים קכ"ז ד
סי' ע"ד וי"ל ראייה גמורה מדברי התוס' כ"ג ד'
סי' כ"ה מ"ש שם והוא הפך מ"ש בסי' כ"ו ל"ג ב
סימן קכ"ו למ"ש על דעת מוהריב"ל חלק שני סימן מ"א קל"ה ג' קל"ח ד
שם מ"ש ע"ד ר"י ברצלוני הביאו הטור ח"מ סי' קע"ה ומ"ש למהרש"ך קל"ז ג' קמ"א ג ד
סימן קל"ד שהרי כת' הרמב"ם כו' דאם נשתתפו עם א' קנ"ו ד
סי' קל"ה ע"ע אחים אם יש להם חזקה ק"י ע"ד
סימן קל"ט מ"ש ע"ד הב"י ח"מ סימן קע"ה קל"ו ע"ד

מהר"ש הלוי

ח"מ סימן מ"ג דכיון דהוי חזקה בנתינת רשות סגי קמ"ט ב' ג

מהר"י הלוי

סימן כ"ח דהלכור נקראים מוחזקים נגד יחיד אפי' בדבר דלאו משים ק"ך ע"א
סימן מ"ט לראיה שהביא דיורש מוחזק לגבי יורשים אחרים ק"ל ע"ב
סימן ע' אם קנו מידו אפילו שלא כדין אין אחר מעשה כלום ע"ז א ב
סי' ע"ז אם נאמן אדם במה שבידו לומר שאינו שלו כו' ל"ג ע"ב

משא מלך ח"מ ש' ר' מ"א דאזיל השוה מוהריק"ו דעת ר"י מפרים לדעת ר"י קכ"כ ע"א
ח"נ ש' כ' ס"ב מ"ש לתשו' מהרש"ך קכ"ח ע"א
ח"ז מ' כ' שהיה לו לומר ט"ו ע"ב
שם מ"ש שאין עידי הקהל נאמנין אלא דוקא על תקנות והשכמות שם
שם מ"ש לב"הת ומוהריב"ל דדוקא במסים אמרינן הקהל מוחו' קי"ט ע"ג
שם ודע דמה שהזכירו הפוסקים יחיד נגד רבים ה"ה יחידים שם ע"ג וע"ד
מהרש"ט כשמט ממקומו סי' ש"י ר"ום שנשתתפו והתנו כו' קנ"ז ע"א קנ"ח ע"א

כללים

דרך הרב בס' הקצר לכתוב לשון יש מי שאומר על ס' שלא הוזכרה בשאר פוסקים אע"פי שאין חולק עליו ל' ע"ג ק' ע"א
כלל מסור בידינו פוסק שמביא ס' רבות ואחת שכותב בסתם היא העיקר אע"פי שהיא ראשונה שם ע"ד
מ"ש בש' הזכרו' אפילו שאומר יש מי שאומר ויש מי שאו' דנקטינן כס' הא' ליתא שם
אי הרא"ש ובנו הריב"ה הם ב' כוחות או לא ל"ו ע"א מ"א ע"ג
היכא אמרינן ליתא יתירה לטפויי אתא ל"ז ע"ד
להא דקי"ל הלכה כרב נחמן בדיני הוי אפילו נגד כ"ע כו' מ"ו ע"ב
לא אמרינן כלל כו' אלא היכא דאינו מגבר כלל אחר שם וד' מ"ח
ר' נחמן סתם המוזכר בש"ס הוא ר"ן בר יעקב ולא בר יצחק שם וק"י ע"ג
כל שהפוסקים מביאים ב' או ג' טעמים אין לסמוך על א' מהם לבד ק"ב ע"ג
שני פוסקים מצטרפין אע"פי שאין טעמם שוה קי"א ע"ד ק"מ ע"ד
כל שהראב"ד לא השיג להרמב"ם ס"ל כוותיה קי"ד ע"ב
דרך הפוסקים לומר על ס' גאון גאונים קמ"ד ע"ג

חזי דשייכי לענין מיגו

אין אומרין מיגו בט' שהוא מחלוקת ל"ב ע"ב
ע"ט אי אמרינן מיגו להוציא וש"נט עם העומדים בס' זו י"ט ע"ג וע"ד
בשנים לא שייך מיגו ע"ו ע"א
מיגו לגרוע לא אמרינן וכן מיגו במקום מחלוקת ע"ה ע"ג
הוכיח במישור דהרשב"א מכת הסו' דמיגו להוציא לא אמרי' מ"ט ע"ב
במקום שניכר שהוא משקר אע"פי שבטענת המיגו אינו משקר לא אמרינן מיגו ט"ו ע"ג

חקירות

בחזקות שלנו כשאמר זיל זבין אי בעי קנין א"ל קמ"ח ע"ב
חקירה אי נאמן לומר שטראי ניהו אע"פי שיש עדים כו' או אם יש נאמנות בשטר כ"ג ע"א ב' ג
חקירה אי שמעיה ואבטליון היו גרים או מקהל גרים ולמ"ד היו גרים איך נתמנו נשיא ואב"ד בנ' ע"ב
חקירה אי אמרינן קי"ל כמי שפטרני משבועה י"ב ע"א וע"ב ל"ה ע"א וש"ב

חידושים הבאים בתוך התשו'

באומדנא דמוכח לא בעינן תנאי כפול ו' ע"ג
במחלו' אי בעינן במוכח תנאי כפול א"ל יכול המוחזק לומר קי"ל שם
היכא דנשבע שוב' דשמעת' אלא כמ"ד דא"י לומר קנין אין כאן שבועה א"כ שם ול"ז ע"ד
כל היכא דפליגי אי יכול המוחזק לומר קי"ל א"ל אין לומר קי"ל קי"ז ע"ב
אין בעל השטר נקרא מוחזק לענין ספיקא דדינא ז' ע"ד כ"ד ע"ב
על האי דאמרי' אי ידעיתו יומא דאתיליד ביה כהונו דה"ה לסופר העיר שהמנוהו כבי תרי דיכול לכתוב כ"ו ע"ג
אם יכול לומר חתמ' אבל לא נשבעתי במחלו' שוי ויכול לומר קי"ל ל"ל ע"ב
יכול המוחזק לומר קי"ל כס' כפי פירוש פ' ל"ו ע"ב
בדבר שיש בו שבועה אי יכול לומר קי"ל ל"ז ע"ג
בדבר שיש בו איסור וממון היכא דהמחלו' הוי ס' דאורי' א"י לומר קי"ל שם ע"ג
אם נאמן אדם לומר שטעה בדין א"ל ושאר חי' ל"ד ע"ב
דיין שדן יחידי ויש בידו פסק דין אינו נאמן לו' לזה זכיתי כו' פלוגתא דרבוותא ויכול לומר קי"ל י"א ע"ג
ע"כ שמניח האלמנה לבניה לפי מנהג איזמיר אינו בקנין אלא מתנה כ"ה ע"ב
חנות הגויים במקום ישראל לא מיקרי הב לאחרים שם
הפורע חוב חבירו שלא מדעתו במחלוקת שני ויכול לומר קי"ל שם
לכ"ע א"א הלוה לשליח לזה תפרע לזה לא תפרע לא קנה שם
בד"מ לכ"ע אזלינן בתר אומדנא דמוכח היכא שהוא להחזיק ל"ג ע"א
אם התוס' יש לו דין מנה מאתים א"ל ע"א ע"ב
נפקד שהודה שיש בידו מנכסי פ' ונכנס החכם המרביץ תורה ואחר עבור ימים חזר בו ואמר שטעה בהודאתו אינו נאמן ל"ד ע"א
ב' שטרות שהא' במשכול' והב' במכר לא ביטל ב' את הא' פ"ג ע"ב
היכא שהנכנסים ב"ח הם חוץ לג' פרסאות גובה מהמשוע' שבכאן והכל תלוי בראיית ב"ד שם
על פלוגתא דרבוות' א"י הלוה לסלק למלוה במעות או מטלט' אפילו י"ל קרקע נהוג כמ"ד דיכול לסלקו פ"ה ע"א
אסמכתא בשבועה חייב לקיים שבועתו פ"ז ע"ד
אע"ג דאסמ' בש' חייב לקיים מכח ש' אם מכרה לא' אין מוציאין מיד הקונה כדי שיקיים זה שבועתו פ"ט ע"ב
המרשה את חבירו ע"ד שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם אע"פי דלא מהני על דבר שב"ל מהני על דבר שבא לעולם כ"א ע"ב
אי טענינן ליתמי מילתא דלא שכיח א"ל הוי פלוגתא דרבוות' ומוקמינן ארעא בחזקת מאריה קמא כ"ח ע"א
בעל שמכחיש את הדיין וא' שלא טען טע' אלו אם הדיין הוא יחידי יכול להשמט ממנו כ"ז ע"ב
בפלוגתא דרבוותא מי נקרא מוחזק מזיק או הניזק וכמה חילוקים קי"ב
וגם אי אזלינן בתר רובא שם קל"ד ע"א
בפלוגתא דרבוותא דיכא לב"מ הלוקח הוי מוחזק ויכול לומ' קי"ל קמ"ח ע"ב

מפתחות ספר בעי חיי משו"ת חו"מ ח"א.

והא דהלוקח נקרא מוחזק הוא למכחיש המערער אבל כו' קנ"א ע"א וע"ג

אי יש בשכירות דינא דב"מ וגוד או איגוד קל"ב ע"א

אע"ג דמשכיר בית לחבירו ורצה השוכר להשכיר' לאחרים יכול בשותף אינו כן קל"א ע"ג

כשהוליד שלמה לרחבעם מנעמה העמונית גיורת הייתה כו' א' ע"ד ב' ע"א

ממזר וחלל שבאו על בת ישראל הולד כשר להיות פרנס ולשאר שררות כו' אבל כו' ב' ע"א

ולד כולל לזכר ולנקבה ב' ע"ג

אע"פי שאביו מישראל אם אמו אינה גיורת פסול אפי' לשאר שררות ב' ע"א

אע"פי שהמכריע אחד ואחד מהברורים מסייע למכריע שמע את ב' נאמן והוא שלא יהא הברור קרוב לא' מבע"ד י"א ע"ב וע"ג

מי שרוצה לגרש את אשתו וא"י מפני התקנה אם חייב במזונה י"ג ע"ב

במחלוקת הפוסקים אם בעדות מהני סילוק יכול המוחז' לומר קי"ל ט"ז ע"ג י"ז ע"ד

דיין שלן להוציא מיד המוחזק במילתא דיכול לומר קי"ל ע"ז ע"ד ע"ח ע"א

אחד שיצא מן העיר ובני העיר שתקו והניחוהו אי הוייא מחי' לגבי התם קכ"ג ע"ב וע"ג וע"ד

פ"ע שותף שלוה אם הב' משתע' וחי' נ"ח א' ע"ב וכ"ג

לא אמרינן ג' שותפים דמת אחד מהם דנתבטל השותפות אלא דוקא בנשתתפו במעות קמ"ב ע"ב

הוסר תפנקס המלך או שהלך להוציא עצמו מן הפנקס והקהל לא הניחוהו אינו חייב לשלם עמהם קכ"ח ע"ד קכ"ט ע"א

הא דאמרינן ספק חרם להחמיר בס"ס להקל קמ"ט ע"א

יכול המוחזק לומר קי"ל כר' שר שלום הביאו הטור ח"מ סימן כ"ב ז' ע"ב

המוציא שטר עיסקא על היתומים איכא פלוגתא דרבוותא אי המניח לב"הע ויכול המוחזק לומר קי"ל ז"ן ע"ב

המתחייב לחבירו ע"ד שאינו קלוב ונשבע הייב מכח שבועה כ"א ע"ד

מנהג דנהיגי התגרי להתחי' בלא קנין ע"פי כתבם הולכים אחריו ואע"פי שלא הנהג ע"פי ותיקין ק' ע"ב

ערב דהתרה למלוה בפני עדים שיפרע מהלוה בזמ' וא"ל שיפטר מהערבות ולא רצה והאריך זמן ללוה אין הערב נפטר בכך שם

טעם וסמך למנהג שאנו נוהגים לילך תובע אחר הנתבע פ"ד ע"א

שו"ט ע"א דדעת ההגמ"י ורש"י וסמ"ג להכשיר סומא בב' עיניו לדון ות"ש עע"ד ד' ע"ג וע"ד

כ"י מהרשב"א דס"ל דאם מת א' מהשות' לא נתבטל לגבי הנשארים קמ"א ע"ב

כ"י מהר"א מ[?]ל תמה על מה שרצה לחייב שבועה הגם דאיכא פלוגתא אי חייב או לא ק"ה ע"ב

כ"י מהר"מ הטוואל בהגהו' על הרמב"ם דמ"ש הרמב"ם ולא יתעסק בסחורה אחרת לבתחילה קאמר קכ"ז ע"א

ת"ו ש"ל ב"ע